ULRICI HUBERI J^CTI

SUPREMÆ FRISIORUM CURIÆ EX-SENATORIS

PRÆLECTIONUM

JURIS CIVILIS

TOMI TRES

SECUNDUM INSTITUTIONES ET DIGESTA

JUSTINIANI.

ACCEDUNT

CHRISTIANI THOMASII J^CTI

ADDITIONES

ET

LUDERI MENCKENII J^CTI

REMISSIONES AD JUS SAXONICUM.

AC

JUDOCI LE PLAT JC^ti

ADNOTATIONES

EDITIO NOVISSIMA NEAPOLITANA

AD IPSISSIMAM LOVANIENSIS FORMAM

Correctius & Castigatius adornata

TOMUS III.

NEAPOLI MDCCLXXXVIII.

EXPENSIS JOSEPHI ET JOANNIS ROLAND FRATRUM

EX TYPOGRAPHIO JOSEPHI DE BISOGNO

SUPERIORUM PERMISSU, AC PRIVILEGIO.

LECTORI BENEVOLO.

Absolutam Dei bonitate hujus operis *tertiam* & ultimam partem damus, sesqui anno fere post *Tomum Secundum*; aliquando serius quam destinaveram; cum ob vastam *triginta librorum* materiam, tum quod, etiamsi veteres hæ pleræque cogitationes, omnia tamen recenti calamo exaranda fuerunt. Verum enimvero *sat cito, si sat bene*, vetus est dictum, sit etiam nostrum. Factumne sit operæ pretium, *Lector æquus* existimabit; utique præfationibus in alterutram partem nihil egerimus. Instituti mei rationes præcedentium Tomorum exordia loquuntur; id heic est continuatum, ut theoreticam & humaniora passim ad usum adtemperaremus, historiisque rerum judicatarum illustraremus. Quo id ita medio in orationis cursu satageremus, cum aliorum, tum *Antonii Mornacii*, quod sine comparationis arrogantia dictum sit, Ad.P. exemplo factum est. Periculum ejus rei, publico, quantum intelligere datum est, non ingratum in *Jurisprudentia vernacula* factum erat; heic & alia accesserunt, & *reliqua* pro modo Latinæ eruditionis adhibita sunt. Nolim etiam mihi fraudi sit, *in rebus dubiis*, si quid aliter quam illic, *quod raro eveniet*, heic collocatum reperiatur. Insultent, qui volent; Ego cum Justiniano sentio, cujus hæc verba probo; Οὐ γὰρ ἐρυθριῶμεν, εἴ τι κάλλιον καὶ ὧν αὐτοὶ πρότερον εἴπομεν προσεξεύροιμεν, τοῦτο νομοθετεῖν καὶ τὴν προσήκουσαν τοῖς πρότερον δευτέραν ἐπιτιθέναι διόρθωσιν οἴκοθεν, ἀλλὰ μὴ παρ᾽ ἑτέρων ἀναμένειν ἐπανορθωθῆναι τὸν νόμον. *Nec enim erubescimus, si quid a nobis pulchrius, quam primo dixerimus, inventum fuerit, id ipsum sancire, novaque emendatione priora cogitata e nostro penu in melius reformare, nec exspectare, dum leges nostræ ab aliis corrigantur: Nov. 22. in fin. præfat.* Bene habet, si in eorum numero esse mihi liceat, qui scribunt proficiendo & scribendo proficiunt. Quod sane, postquam hoc scribendi stadium, non nisi ætate jam consistente, ingressi sumus, dum facultas erit, adspirante divino favore, continuabimus. Animus erat, hujus Tomi præcipua capita, primo publicis ventilare disputationibus: Atque ita factum est in tribus prioribus libris. Respondentium illorum nomina visum est heic apponere.

HERMANNUS ARNOLDUS TAMMENA, Fris. Orient. *De Pignoribus & Hypothecis &c.*

FRANCISCUS de VICQ, Amstelod. Batavus. *Ad Tit. Qui potiores in pignore.*

ZACHARIAS HUBER, Frisius, *De Distractione Pignorum &c.*

IDEM, *de Ædilitio Edicto & de Evictionibus.*

CORNELIUS van VIERSEN, Frisius. *De Usuris &c.*

ARNOLDUS ab IDSINGA, Frisius. *De Probationibus.*

MARIUS BEUKENS, Frisius. *De Fide Instrumentorum & Amissione eorum.*

JACOBUS MOLTMAKER, Groeninganus. *De Testibus.*

HABBO a WESTENDORFF, Fris. Orient. *De Sponsalibus &c.*

Denique, nec id tacebo, duos Juvenes ornatissimos operam mihi benevole commodasse in parte Indicis concinnanda; D. TILEMANNUM ZUHR MUHLEN & ARNOLDUM MAURITIUM HOLSCHERUM, *Frisios Orientales*.

INDEX QUÆSTIONUM

PARTIS III.

30. An

155. An

285. Sen-

374. An

INDEX OBSERVATIONUM,

Quæ Decisionibus in suprema Frisiorum Curia noviter factis, in hoc Tomo III. confirmantur.

57. Si

57. Si Testes qui negotio affuerunt, nec instrumento subscripserunt, aliter de re gesta deponant quam in instrumento, cui partes subscripsere, postea collatum sit, majorem testibius habitam fuisse fidem, quamquam haud fine ratione ambigendi, quia contrarium sit verius. 11.

58. Contra instrumentum publicum testes non audiri, narrata illorum equidem posse refelli, & falsi licere coargui:qui hæc cohæreant, exemplo rei judicatæ declaratum. 12. sq.

59. Signa sive notas hominum illiteratorum de jure non sufficere pro subscriptionibus, secus tamen usu receptum. 14.

60. Instrumenti publici copia negari nequit, his quorum interest etsi jus antiquum vel necdum sit natum. 20.

61. Instrumenta sine partium consensu recognita nullam habere probationis vim,licet ab eodem notario, qui scripsit, recognita sint, licet aliis concurrentibus adminiculis. 21.sq.Nisi a parte adversa fuerint agnita in judicio & durante eadem instantia perierint.23.Exceptis iis, quæ eduntur a personis publicis, ratione officii. ibid.

62. Exemplum instrumenti, licet partibus non vocatis recognitum, postea tamen inter easdem partes habet probationis vim, quin etiam inter eorumdem successores. 24.

63. Exhibitio instrumenti sola non probat cessionem sive mandatum. 27.

64. Testamento aliove instrumento amisso, probationem difficulter confici posse, & quid hoc casu requiratur aut facto opus sit, exemplis judicatis declaratur.29. sq.

65. Lenones ut testes citatos ne quidem audiendos esse. t. 5. 2.

66. Impuberes audiri quidem ut testes in causis criminalibus; at sine jurejurando & cum effectu præsumptionis, non probationis. 2.

67. Minores 20. annis, in criminalibus difficilis probationis, cum teste majore admitti posse. 5.

68. Is, qui alium vocavit ad interveniendum pro se, licet hic nondum sit condemnatus, tamen eundem ut testem ciere non potest. 6.

69. Pars læsa, criminali judicio potest a procuratore generali ut testis citari, atque admittitur; non tamen si eadem pars læsa judicium adversus eundem reum pecuniarium habeat. ibid.

70. Judices & arbitri in causis a se terminatis possunt esse testes in judicio appellationis, quod ad ordinem judicii attinet, non quod ad merita causæ. 9.

71. Fratres & sorores domibus separatos aliquando in civilibus admitti testes.11.Non facile in matrimonialibus. 12.

72. Privilegium, quo cognati & affines ad quintum usque gradum, non coguntur inviti dicere testimonium, a Græcis ad causas criminales restringi, idque ab usu fori rebusque judicatis non videri alienum. 14. sq.

73. Affinitate soluta, durare privilegium,quo privignus non cogitur dicere testimonium adversus novercam. 16.

74. Advocatum adversus clientem suum non cogi testimonium dicere, si adhuc actu patrocinetur, secus si deserit; aut forte si a testimonio illo tota causa dependeat.17.

75. Testes singulares in unum rei finem conspirantes & convenientes sæpe conjungi ad plenam fidem probationis faciendam. 18. sq.

76. Fidem testium sæpe magis a causis scientiæ redditis, quam e numero esse colligendam, exemplo notabili declaratur.19.

77. Testem ad agnoscendam personam, etsi hominem in faciem non sit intuitus, posse tamen aliter plenam facere fidem. 20.

78. Men-

100. Matri

100. Matrimonialis contractus pure, licet verbis futuri temporis initus, non potest retractari, nec alteri ab altero remitti. Concessum tamen mulieri ex tali contractu agenti, contra virum contumaciæ reum, ut ipsius petitio rejiceretur, quo ad alias nuptias transire possit. 6.

101. An separatio thori & mensæ petentibus conjugibus concedi debeat. 19. Varie pro meritis causæ judicatum.

102. Si usufructus & annui reditus in communionem conjugalem inferantur, videri reditus uxori, finito matrimonio, restituendos; secus tamen judicatum. t. 3. 5.

103. Dos promissa, post mortem uxoris & liberorum a patre tanquam hærede peti posse videtur, aliter ac Sandius disputat. 8

104. Dos necessaria, quæ debetur stupratæ, æstimatur secundum id, quod virgo in casu nuptiarum habitura fuisset; non venisse tamen in calculum, donationem virgini factam post stuprum commissum. 11.

105. Impensas necessarias in res uxoris factas, pro dimidia parte marito restituendas esse, licet fundus inde non sit factus majoris pretii. l. 25. t. 1. 5.

106. Pueri suppositi licet a patre agniti exemplum notabile. t. 3. 4

107. Mater alimenta in liberos impensa non nisi pro parte dimidia repetere potest, licet aliter Sandius. 7.

108. Ecclesiæ prohibitæ non possunt cogi ad alendos pauperes suos, licet promiserint, secus in his, quæ tolerantur. 9.

109. Universitas una non potest aliam cogere ad recipiendos veteres indigenas suos ob metum futuræ paupertatis. 10.

110. Ex alimentis perceptis nullam nasci obligationem, nec alumnos studiorum ad ministerium doctrinæ suæ teneri *ἐυεργέταις* suis, nisi ex officio gratitudinis, aut lege speciali, vel pacto. 11.

111. Mulier, cujus vir diu abfuit, ut non constet ubi sit, admitti potest propria qualitate, tam in judiciis quam contractibus. l. 26. t. 1. 4. Non tamen ob id solum, quod mariti copia non sit. 15.

112. Si nupta sit major annis xxv. maritus minor, illam per se res & causas agere posse videri. 7.

113. Virum cavendo pro uxore de rato, se hactenus exuere potestate maritali, non tamen opus esse ad hanc conservandam, ut dicat, se agere tanquam curatorem. 12.

114. Quod si vir pro se & uxore sua se dixerit agere, etsi negotium ad hanc solam pertinere possit, nihilominus totum pro illa subsistere. 11. sq.

115. Mulierem cum viro vel contra virum aliquid jure agentem, non egere curatoris ad litem. 12.

116. Jus mulieris, quo sine viro ad res œconomicas agere & contrahere potest, non tantum ad modicas & quotidiani usus, sed & ad majoris momenti res producendum. 13.

117. Maritum sine consensu uxoris obligationes ejus aliis cedere posse, imo & superficies rusticas vendere posse videri. 18.

118. Tutorem non teneri de pecuniis mutuo datis, si parem diligentiam ac in suis rebus adhibuerit. t. 7. 7.

119. Tutor, cui administratio commissa non est, si collegam male administrantem, suspectum arguere neglexerit, ad rationes quidem reddendas cogi non potest, tutelæ actione in id quod interest, potest. 11.

120. Curator, qui pro minore se in officio obligavit, finita cura non potest conveniri, licet clausulam adjecerit ejusmodi, sub hypotheca meorum & pupilli bonorum: secus, si etiam promiserit, se redditurum esse pecuniam pro se, pro pupillo & pro hæredibus suis. 14.

121. In-

confert, si decennium a priore testamento habente clausulam sit elapsum. ibid.

148. Testamentum prius ita per posterius tollitur, ut tametsi posterius deinde sit rescissum, prius tamen non convalescat, nisi posterior rescissio facta sit hoc animo, ut prius vires suas recuperaret. t. 4. 6.

149. Quod si non plane constet, posterius testamentum rescissum, fuisse rite factum, (ut difficulter potest, si tabulæ penitus sint abolitæ) prius adhuc integrum existens valere potest. 7.

150. Hæres ex re certa solus institutus capit omnem hæreditatem, ex regula juris non abolita in Frisia; secus tamen judicatum refertur, ubi res plures, e quibus hæres institutus esset, fuerant enumeratæ. t. 5. 7.

151. Hæres ex re certa manet hæres, etsi illam rem certam capere non potuerit, & nihilominus jure gaudet accrescendi. 8. & l. 29. t. 2. 7.

152. Qui solus hæres ex usufructu, totam accipit hæreditatem. l. 28. t. 5. 9.

153. Quando hæres aliquis ex usufructu institutus est, & post mortem ejus alii, hæres ex usufructu statim fit hæres cum onere fideicommissi. Alias tamen dubie judicatum respectu Trebellianicæ ab hærede ad vitam, detrahendæ. 9.

154. Testatrix liberos hæredes scripsit, maritum illis substituit, liberi ante matrem sunt mortui; si vulgariter substituti sint, maritus succedit, si per fideicommissum, maritus excluditur. t. 6. 12. sq.

155. Aditio pura ad excludendum beneficium inventarii, post intimationem beneficii cessat. t. 8. 3.

156. Qui res hæreditarias ita contrectat, ut fraudem facere potuerit, amittit beneficium inventarii. 5.

157. Inventarium non semper totum noviter conscribendum ad usum beneficii. 6. fin.

158. Testamentum a testatore milite, durante expeditione, non in castris scriptum, sed ab eodem non subscriptum, habere vim testamenti militaris. l. 29. t. 1. 1. Similiter quod apud hostes in carcere factum. ib.

159. Si frater non adierit hæreditatem fratris sui, non potest eam transmittere ad hæredes suos, ne *hodie* quidem. t. 2. 1.

160. Scriptis hæredibus fratrum & sororum liberis, non esse admittendos, qui post obitum testatoris erant nati. 5. sq.

161. Infantibus mortuis, an & quatenus eorum bona ad ipsis proximos devolvantur. 4.

162. Rei alienæ legata rarioris usus, nec facile præsumenda. l. 30. 31. 32. t. un. 4.

163. Legatarium rem alienam, sibi legatam sciens, antequam dies cedat, emens, non repellitur a petitione, postquam dies venit. 5.

164. Uxor marito legans fundum constante matrimonio emptum, pretio necdum soluto, videtur legare suæ partis proprietatem & partis mariti pretium. 10.

165. Nisi addiderit, se velle, ut æs alienum communiter solveretur, tunc suam modo partem legasse videtur; Nisi rursus emptio fundi nullam dominii partem ipsi præstare potuerit, ut in casu retractus gentilitii a parte viri; tunc integrum fundi pretium marito legasse videtur, non obstante præcepto de ære alieno communiter solvendo. ibid.

166. Hæres ex legitima sola, gaudet jure accrescendi, non æque, si optionem acceperit, an certæ rei legatum mallet, atque hoc acceperit. 13.

167. Sub usufructu omnium bonorum non semper contineri fideicommissa hæredi restituenda, notab. exempl. l. 33. t. 2. 1.

168. Jus fisci de indignis, non esse sublatum in Frisia. l. 34. t. 9. 6.

169. Fideicommissa universalia cum restitutione statim facienda, hodie dari perpauca, non esse tamen ab usu remota, exemplo demonstratur. l. 36. t. 1. 2. sq.

170. Duobus hæredibus scriptis & fideicommisso gravatis, *si absque liberis morerentur*, altero sine liberis mortuo, ipsius partem bonorum deferri ad eos, qui conditione deficiente vocati sunt. 7.

171. Testator habens liberos primi gradus & nepotes, instituit omnes cum fideicommisso, *si quis ex suis liberis aut nepotibus sine liberis moreretur*. Quæritur, an hoc fideicommissum pertineat etiam ad nepotes, post mortem testatricis *nepotes* factos. Judicatum est non pertinere. 8. sq. conf. cum *decis.* 160.

172. Fideicommissum finitur eo tempore, quo testator fecit potestatem *disponendi*, non tantum per ultimam voluntatem, sed etiam per alienationem inter vivos. 11.

173. Jussum restituere, quod ad ipsum de bo-

197.

PARS IV

INCIPIT PANDECTARUM

PARS IV.

LIB. XX. TIT. I.

De Pignoribus & Hypothecis, & qualiter ea contrahantur, & de Pactis eorum.

I. Pignoris ac hypothecæ significatio. II. Divisio Pignoris, & species pignoris publici. III. Pignus contumaciæ causa. IV. Pignoris privati differentiæ. V. Verba requiri clara & specialia Pignori statuendo. VI. Divisio hypothecæ in generalem & specialem, & quæ res sub generali contineantur, aut secus. VII. Realis hypothecæ nexus. VIII. Usus actionis hypothecariæ, inprimis adversus ipsum debitorem ejusque heredes. IX. Quo sensu dicatur, hypothecariam actionem esse individuam; scil. quemque teneri, quatenus possidet, tam heredem quam extraneum. X. Possessorem hypothecæ conventum habere beneficium excussionis, an & in hypotheca speciali. XI. An de rebus mobilibus & obligationibus oppignoratis detur hypothecaria contra tertium. XII. De obligatione hypothecæ obligata dari utilem hypothecariam, forte & utilem personalem. XIII. An is, qui utili hypothecaria de obligatione convenitur, ordinis habeat exceptionem, Distinguo. *XIV. De utili hypothecaria in nummos ex re pignorata redactos. XV. Pactum Antichreseos exponitur. XVI. Duo Pacta de pignore vendendo explicantur. XVII. Pactum Constituti quem usum habeat in pignore. XVIII. Lex Commissoria in pignore prohibita: Una cum alio simili mali moris pacto. XIX. De fructibus & accessionibus actionis hypothecariæ.*

(a) SEquitur pars quarta Pandectarum, quæ habet duo summa capita, quorum primum est de accessoriis contractuum, de quibus *supra* tractatum est, ut sunt pignora & hypothecæ, ædilitium edictum, evictiones, usuræ, probationes, aliaque. Secundum est de juribus mere personalibus, ut est matrimonium & tutela, cum suis affinibus & sequelis. Pars prior incipit *de Pignoribus & Hypothecis, qualiter ea contrahantur, & de Pactis eorum*. Primam & secundam rubricæ partem conjunctim absolvemus. Dum enim quid pignus & hypotheca sit examinamus, proprietates utriusque, & differentias, pariterque modum quo contrahuntur videre necessum erit. Primo omnium, pignus & hypothecam solo nominum sono differre, scriptum est in *l.* 5. §. 1. *h. tit.* non absolute, sed quantum, ut Justinianus monet, ad actionem hypo-

(a) *Pos.* 1. & 2.

pothecariam attinet, in §. 7. *Inst. de Action.* quoniam hæc tam de pignore proprie dicto, quam de hypotheca datur. Imo non hujus tantum usus respectu, sed nec proprietate vocum ipsa plus quam sonus interest, quia pignus a *pugno* dictum, significat id, quod in manum traditur. Unde valde proprie, dextræ datio *pignus* vocatur *Maroni*:

Dat dextram atque animum præsenti pignore *firmat*. 3. *Æn.*

Inde pro qualibet re chara, quam manu arcta complectimur, pignus sumitur: Quintilianus: *Pignora, liberi, dico, parentes & propinqui. lib. 6. Inst. c. 1. & cap. seq. Obsecratio per carissima* pignora. Denique *pignus* ita dictum est, quod creditori traditur in securitatem. *l.* 238. §. 2. *de V. S.* Hypotheca Græcis *παρὰ τὸ ὑποτίθεσθαι*, a *supponendo* dicta, eandem habet significationem; nec enim res, nisi mobilis, poni potest, ut ad *tit. Depositi* observatum est. Verum ut usus artium facile ab etymologia deflectit, sic etiam hac parte fere obtinuit, ut pignus vocetur, cujus possessio traditur creditori. Hypotheca solo pacto contrahitur, reique possessionem debitori relinquit, *l. 9.* §. 2. *de pignor. Act.* quomodo etiam in *hac rubrica* verborum oppositio capienda; nec tamen raro promiscue accipiuntur pignus & hypotheca: nam & hypotheca pignus vocatur, in *l.* 17. §. 2. *de pact.* & pignus, hypotheca. *d. l.* 5. §. *ult. h. t.* Et illum sensum generalem nobis expedit habere in conspectu. Atque eo modo definitur pignus sive hypotheca, quod sit *res obligata creditori in ejus securitatem*, vel, ut alii malunt, est *Jus creditori securitatis ergo in re debitoris constitutum.* Prior significatio magis est propria, & altera paulo subtilior. Plerumque enim pignus significat rem pignori datam: unde *pignus acceptum, pignus dedit, l.* 33. *h. pignus venditum. l.* 33. *de Pign. act.* Sic etiam *dare hypothecam, l.* 5. §. *ult. h.* Adde §. *ult. I. Quib. mod. re contrah. obl.* §. 7. *I. de Action.* ubi; *pignora hypothecasve persequuntur*. Jus in re constitutum alias ea vox significare videtur, ut cum dicimus, *pignori dare, pignori capere, l. 9. & l.* 18. §. 4. *de pign. act. l.* 1. *C. si advers. vendit. pign. pignori ponere, l.* 38. *pr. de Legat.* 3. *pignori obligari. l.* 41. *de pign. act.* Idem intelligi potest, quando *pignus contrahi dicitur, l. 1. in pr. de pignor. act. & alibi*; nisi contractum pignoratitium ibi malis intelligere, ut & in *l.* 5. §. 2. *Comm.* quod alii malunt.

2. (b) Naturam Pignoris ita late accepti, partitione detegamus oportet. Et quidem prima positione dicitur pignus esse vel publicum, vel privatum. Publicum a lege, vel a magistratu † constituitur. Quod a lege habet originem, vocatur hypotheca legalis & tacita, cujus species *titulo sequenti* occurrent. Quod Magistratum habet auctorem, rursus est *prætorium* vel *judiciale*. Utrumque Prætorem habet auctorem, sed altera species nomen ab eo solo mutuatur, quia non est aliud, quo melius distinguatur; est autem prætorium, quod per missionem in possessionem bonorum fit, ventris, legatorum, vel rei servandæ gratia, nec non damni infecti, quorum explicationes *infra suis locis* habebimus. Judiciale pignus a Prætore judicati exequendi causa constituitur, de quo tractat Ulpianus in *Leg.* 15. *D. de Re judicata*, quod cum æque sit a Prætore quam prior species, tamen ut ab eo discernatur, ab usu speciali potius, quam a communi Prætoris auctoritate nomen habet, ut a judicio *judiciale* vocetur.

3. (c) Exercet adhuc aliud pignoris specimen Prætor, quando obsequii contumaces pignoribus captis ad boni civis & parendi officium cogit, veluti cum tutor administrationem subterfugiens, ad onus suscipiendum captis pignoribus compellitur, *in* §. *penult. Instit. de Satisdatione Tutorum*: quod fieri solitum aliquando violentius, ostiis, cistis, capsis effractis; maxime si quando irati magistratus male reos mulctando affectui indulgerent, quomodo Cæsar apud Suetonium Vectii indicis supellectilem diripuit, eoque pertinet, quod M. Tullius *in Philippica* 1. de Marci Antonii Consulis injuria queritur, quod *se domum Ciceronis cum fabris venturum minitatus esset*, quo scilicet effractis foribus captisque pignoribus, eum in senatum venire cogeret. Sed hoc pignus ad propositam speciem non pertinet, quia non spectat ad securitatem creditori præstandam, sed ad contuma-

(b) *Pos.* 3. & 4. (c) *Pos.* 5.

† Pignoris publici instar fuit in Saxonia, Arrestum legitime impetratum, quod jus reale & prælationem præ aliis creditoribus hypothecariis tribuebat, nunc penitus antiquatum *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 49. ut adeo omnia illa, quæ hanc in rem supra ad *Lib II. Tit. IV.* (*Part.* nempe II. p. 91.) ex veteris juris ratione annotata sunt, a Juris novissimi studioso expungi possint. Conf. tamen, quæ, quoad debitores ad paupertatem vergentes, de inhibitione omnis alienationis, petente creditore, a magistratu facienda constituta sunt *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 51.

faciam, ut apparet, coercendam, vel ad obsequium compellendum. Pignus hujus loci, finem habet crediti securitatem, quæ maxime in re pignori jure tradita conspicitur, eoque spectat regula Juris, quæ plus cautionis *in re* quam in persona esse dictat, *l. 25. de R. J.* unde eleganter pignoris datio opposita satisdationi, vocatur *Solida Cautio* in *l. 5. princ. de Hæredit. petit.*

4. (d) Privatum pignus ita distinguitur, ut vel unius, vel duorum voluntate constituatur; per unius voluntatem pignoris constituti, habes notum exemplum in *l. non est mirum. 26. D. de Pignor. actione*, ubi testator pignus in testamento, quod non recipit duorum voluntatem, constituit, & habet usum, quando paterfamilias satis locuples, sed copiis ære alieno maceratis, timet, ne post fata sua, quod ut plurimum adsolet, hæredes sui a creditoribus invadantur, & bona sua, priusquam necesse sit, voci acerbæ præconis subjiciantur; potest eum in finem exponere vires hæreditarias, singulisque creditoribus adsignare suas hypothecas, vel pignora, quæ tum non esse conventiones, sed jura duntaxat in re constituta, manifestum est. Pignus, quod duorum voluntate fit, rursus ex pacto, vel e contractu fit. Ex pacto, quando per conventionem solam jus creditori * in omnibus, aut certis rebus per illud afficiendis, constituitur; solo, inquam, pacto, tam inter præsentes quam absentes, verbis aut scriptura, ut res tulerit. *l. 4. l. pen. h.* Hoc pactum edicto Praetoris confirmatum, parit actionem in rem creditori, adversus quemlibet possessorem. *l. 4. hic. l. 17. §. 2. de Pactis. l. 9. §. 2. de pignorat. act.* E contractu venit pignus, quando res creditori in securitatem traditur, ita ut possessio transferatur, quem contractum esse realem pignoratitium, intelleximus *ad tit. Inst. Quib. modis re contrah. obligatio*, ubi & naturam ejus, actionemque declaravimus; idcirco in *hoc titulo* de priori specie, quæ est ex pacto, & *Hypotheca* dicitur, potissimum tractabimus, sic tamen, ut pleraque pignoribus proprie dictis applicari possint, quod ex rerum natura facile percipietur, vel opportune commonefaciemus, inter quæ & hoc, quod pignus & hypotheca cuilibet obligationi accedere possunt, etiam naturali, & futuræ, *l. 5. h. t.* modo in jure civili esse-

(d) *Pos. 6. 7. & 8.*

* Jure Romano Hypothecam extrajudicialem jus reale producere, quod etiam ratione tertii possessoris sit efficax, satis ex *l. 4. & l. 29. ff. d. de pign. & hyp. §. 7. I. de act.* apparet. Carpz. *P. 3. C. 28. def.* 112. Philipp. *ad O. P. S. Tit. 46. Conf. 1. n. 1.* Struv. *S. I. C. Ex. 26. th. 22.* Sed Jus Saxonicum Electorale mobilia quidem valide extra Judicium permittit oppignorari, *P. 2. C. El. 23. Dec. El. 60.* adeo ut etiam in iis constituta hypotheca extrajudicialis antiquior, potior censeatur hypothecis judicialibus posterioribus, Carpz. *l. 4. Resp. 27. n. 1. sq. P. 2. C. El. 23. def. 9.* Moller. *ibid. n. 16.* Richt. *d. Privil. Creditor. c. 4. S. 2. n. 130.* Berg. *Ref. Lauterb. p. 472.* In immobilibus autem extrajudicialis hypotheca simplex, tantum in præjudicium debitoris & hæredum valet, *P. 2. C. El. 23. §. iedoch einer ein Gut* absque Insinuatione &c. *O. P. S. tit. 45. in fin.* unde adversus eos hypothecaria actio, quæ 40. demum annis præscribitur, institui potest, sed tertio ex ea nullum nascitur præjudicium, adeoque, qui talem hypothecam sibi constitui passus est, contra possessorem tertium agere haud potest. Berger. *ad Laut. p. 471. & in Elect. Proc. Execut. th. 4. & 6.* atque in Concursu creditorum, in Electoratu, ne quidem Chirographariis præfertur. *d. C. 23. P. 2.* ibique Carpzov. *def. 14. n. 1. 2.* licet Jure Saxonico Comm. his solis potior esse censeatur. Richt. *de Priv. Cred. c. 5. n. 17. seqq.* Schilt. *ad ff. Ex. 23. th. 12.* Quod si Hypotheca extrajudicialis, coram Notario & testibus, aut coram duobus vel tribus testibus † constituatur, Chirographariis quidem illa præjudicat, *P. 2. C. El. 23. pr.* Hypothecariis autem & Arrestantibus posterioribus non æque, secundum Jus Sax. Comm. Richt. *de Privileg. Cred. c. 4. S. 2. n. 77.* Coler. *de Proc. Executiv. P. 3. c. 10. n. 197.* & Electorale *Dec. El. 60. & O. P. S. tit. 44. §. 2. & Ord. Proc. Sup. Lusat. P. 2. tit. 24. d. 3. pr. verb. das Dingliche Recht*, Philipp. *ad d. Dec. Obs. 1. & 2.* Berger. *ad Lauterb. p. 472.* licet hoc aliud obtinere, ac talem hypothecam arrestis & hypothecis posterioribus præferri, olim defenderint, Carpz. *P. 2. C. 28. d. 125. 127. P. 2. C. 23. d. 14.* Moller. *ad eand. n. 19.* Berl. *P. 2. Concl. 66. n. 27.* & post eos Schilt. *Ex. 23. th. 12.* Plenissimum autem hypotheca robur, ea demum quoad bona immobilia in Saxonia habet, quæ conceditur a. (ab eo debitore, qui res immobilia, quam oppignorare vult, investituram judicialem Impetravit. *a. Dec. El. 61.* Carpzov. *dec. 127.* ubi præj. b. Schilt. *ad ff. Ex. 23. §. 8.* Dissent. Nicol. *Ref. 16. n. 17. seq. 2.*) accedente judicis competentis consensu & confirmatione. *a. L. R. l. 1. art. 9 pr. verb. Wo ein Mann sein Eigenthum vergiebt oder versetzt, das soll der Richter Zeuge seyn. P. 2. C. 23. Mand. Joh. Georg. I. d. an. 1623. d. 21. April. rubr. Wegen der Bauer-Guther. §. Weil wir aber. O. P. S. t. 46. O. P. Sup. Lus. P. 2. tit. 24. d. 2. §. 2.* ab ipso debitore impetranda. Carpzov. *ad d. C. 23. def. 23.* Competens autem hic judex dicitur, sub quo immobilia immediate sita sunt. Carpzov. *l. c. d. 10.* & qui inferiorem habet jurisdictionem, *Oder Prov. d. an. 1555. tit. Was zu Ober-Rieder oder Erbgerichten gehorig. §. und alles.* Carpzov. *decis. 64. & ad d. C. def. 21.* Cæterum licet extrajudicialis immobilium oppignoratio regulariter sit inefficax, valida tamen ea æstimatur, quoties venditor in ipsa re vendita, ante traditionem, vel in ipso traditionis actu, extra judicium sibi hypothecam reservat, vi cujus reservationis etiam anterioribus Hypothecariis, licet in omnibus etiam futuris debitoris bonis, jus reale consecuti sint, præfertur. *O. P. S. t. 42. §. 2. Dec. El. 63.* ibique Philip. *Obs. 1.* Muller. *ad P. 2. C. El. 18. n. 73.* Berl. *P. 1. Concl. 64. n. 32. seqq.* Carpzov. *dec. 22. n. 2.* Id. *l. 4. Resp. 27. n. 4. seqq.*

† Hæc olim chirographariis creditoribus præjudicabat, jure tamen novissimo omni effectu destituitur, *O. P. S. E. I. & E. Tit. 46. §. 2.*

effectu suo non privetur. *l.* 13. *Quib. mod. pign. solv. l.* 60. *de Cond. indeb.*

5 Hæc apud nos ita de Hypothecis etiamnum observantur, neque requirimus, ut auctoritate judiciali pignus confirmetur; quod hodie plerumque requiri, scribit Bekmannus ad *tit. ff. de Distract. pign. n.* 37. & Stokmannus *Decis. Brabant.* 96. *n.* 2. & alii. Sed in hypotheca conventionali constituenda, servandum primo omnium, ut verba rem onere perpetuo affectura, clare exprimantur, non abrupte, non concise nec ambigue; quo loco inde ab initio incidit monere, quod si errore populari, ut in clausulis contractuum non raro fit a nostratibus, scribatur, *sub obligatione, prout juris est*; *onder verbant, so na regte*, quibus verbis hypothecam bonorum designare volunt: sæpe hæc in contradictorio, *quod meminerim*, non suffectura, quia nec generalem, nec specialem hypothecam significant: nam vocabulum *verbant* significat obligationem, quæ melius ad personam quam ad rem, potest & debet referri, per *l.* 9. *C. Qui pot. in pign. l.* 18. *C. de Pignor.* etsi non ignoramus, dici rem pignori obligari, videlicet improprie. *l.* 10. & *l.* 13. *h. t.* Atque hoc in ea re aliquanto evidentius est, quam in alia simili clausula judicatum *alias* diximus; circa id scilicet, quod prorogationem jurisdictionis sæpe nostrates exprimunt his verbis, *met submissie, so na regte*, intelligentes submissionem judicialem: sed cum nullā in iis verbis judicii mentio fit facta, non possunt effectum habere, licet propius ad rem designatam quam formula prior ad hypothecam, accedant. Denique, nihil inesse tali formulæ, judicatum est in suprema Curia *die* 28. *Septemb.* 1680. nam etsi receptissima sit consuetudo subjiciendi contractibus sive eorum instrumentis, clausulam hypothecæ & submissionis, verba tamen ejusmodi esse debent, quæ rem explicite præ se ferant. Non est tamen, quod verba captentur, nec adeo certam formulam esse necessariam, satis constabit *ex tit. de Formul. & impetrationibus sublatis*; modo verba sint clara; tametsi pignoris aut hypothecæ nomen, forte non sit usurpatum; veluti si dictum sit pro clausula contractus, *sile & periculo rerum mearum*, sive *per exactionem rerum mearum*; hæc & similia stabiliendæ hypothecæ sufficere creduntur, quæ licet pignoris secundum literam non meminerint, aliud tamen quam pignoris aut hypothecæ nexum, civiliter significare non possunt. *l. ult. C. Quæ res pignori.*

6. (e) Præter hasce pignoris generaliter dicti divisiones, habet hypotheca proprie dicta suam quoque divisionem; nam est generalis, vel specialis; † Illa, quod facile intelligas, omnium bonorum; hæc, quæ de certis rebus constituitur. Sub generali continentur etiam res ipsius debitoris futuræ. *dict. l. ult. C. Quæ res pignori.* Sed res hæredis ejus, quæ nec defuncti fuerunt, nec ex causa hæreditati sunt adquisitæ, sub pignore generali non continentur, *l.* 29. *in princ. h. tit.* quamvis enim alias hæres eadem cum defuncto persona intelligatur, eodemque jure in omnibus utatur, quia tamen hypotheca jus est rei, non personæ impositum, idcirco rebus aliis, de quibus cogitatum non est, neutiquam impositum videri potest. Excipiuntur etiam hypothecæ generali rerum, *quas quis habuit habiturusque sit*, talia, quæ verisimile non est, quemquam specialiter obligaturum fuisse; qualia sunt, supellex, vestis, jumenta, quæ debitor in usu habet, libri etiam quotidiani usus, vel omnes, si homo studiosus sit, & si quæ præterea ad affectionem debitoris singularem pertineant. *l.* 6. *h. t.* Nonnulli tamen hoc ita temperant, *nisi verba valde sint specialia & prægnantis efficaciæ*, qualia fore credo, si quis dicat, omnia se bona obligare, ne quidem exceptis iis, quæ alioquin hypothecæ generali per leges excipiuntur, si persona sit ejus rei conscia; cæterum hæc formula, quæ magis usitata est, *omnia mea bona, nullis exceptis, obligo*, magis est, ut non sufficiat ad abolendam legis exceptionem. Vide Sand. *l.* 3. *tit.* 12. *def.* 9. ac ita nihil obstat, quod Thomasius heic objicit.

SCHOLIUM.

Sed Sandius tamen d. l. ostendit, etiamsi verba talia sint, ut ex iis constet, contrahentes nihil excipere voluisse, tamen res necessarii usus exceptas censeri.

N. ADDIT.

Verum est, nunc nihil obstat, postquam Auctor mentem suam aliter declaravit. At positionibus obstabat utique Scholium, ut in quibus sal-

(e) *Pos.* 9.

† Hypothecæ generales, sive sint judiciales, sive extrajudiciales, cum in concursibus creditorum, tum contra tertium possessorem vi omni atque effectu carent; jam constitutæ habent sexennium, intra quod vigent. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 44. §. 1.

saltem dictum erat, res necessarii usus non censeri oppignoratas, nisi verba valde prægnantia & efficacia sint, ut appareat, contrahentes nihil excludere voluisse.

(f) Porro nec tantum res propriæ debitoris sub hypotheca generali continentur, sed & alienæ, quatenus in bonis ejus sunt, ut agri fructuarii & emphyteutici. *l.* 16. §. *ult. de pign. act.* Scilicet hoc sensu, ut usufructu & emphyteusi finitis, hypothecam pariter finiri conflet. *l.* 31. *h. tit.* Quin etiam res debitæ, nomina & obligationes, sub omnium bonorum hypotheca comprehendi, placuit in *l.* 4. *C. Quæ res pign.* cum nota tamen improprietatis, ut mox intelligemus: certe de mobilibus † æque ac de immobilibus, generalem hypothecam esse accipiendam, non dubitatur, quia mobilia nusquam excipiuntur, ubique potius includuntur, ut *ex l. 6. h. tit. l.* 1. *de distract. pign.* & aliunde passim constat; ut mirer, a Mornacio scriptum, Scævolæ responsum in *l.* 34. *h.* esse unicum textum, ex quo jure civili probetur, hypothecam posse constitui etiam in mobilibus. Quid, annon ubi est actio hypothecaria, datur hypotheca? Atqui hypothecariam dari de mobilibus, nota doctrina est ex §. 7. *I. de Action.* Nec mores hodierni hactenus discrepant, quamvis in effectu persecutionis contra tertium, habent differentiam, de qua *mox videbimus*. Merces etiam venales, per *l.* 34. *h. l.* 34. §. *ult. de Usufr.* etsi paulo secus in legatis se res habeat, *l.* 73. §. *pen. de Legat.* 3. *l.* 32. §. 4. *de Aur. & arg. leg.* de quibus vide Wissenbachium *ad h. t. th.* 7.

7. (g) Effectus hypothecæ generalis & specialis est, ut in hac quidem res certæ & expressæ, per illam res omnes & singulæ afficiantur in eum modum, ut non nisi cum onere pignoris ipsis impresso alienari possint. *l.* 2. *in. Qui potiores in pignore. l.* 6. *C. eod. l. unic. C. Rem alienam gerentibus.* Excipiuntur servi, quorum manumissio per hypothecam generalem non impeditur, *l. pen. ff. in quib. caus. pign. tac. l.* 3. *C. de serv. pign. dat. manum.* secus ac per specialem. *l.* 3. *de manumiss. l.* 1. *C. de Serv. pign. dat. manum.* Wissenb. *d. th.* 9. ubi Auctores. Majoris usus est exceptio tabernæ mercium pignori obligatæ; nam mercaturæ causa placuit, non singulas res, sed universam tabernam hypothecæ obligari, ut singulæ merces libere alienentur; pignoris autem jure teneatur, quod identidem in taberna reperitur, idque seu generalis sive specialis sit hypotheca. *l.* 34. *h. t.* Nihilne igitur quoad effectum inter generalem & specialem hypothecam interest? Nihil admodum quoad effectum hypothecæ, multoque minus quam vulgus hominum autumat: sed tamen speciale pignus hoc novi adfert, ac ideo fortius adstringit, quod alienationem rei specialiter obligatæ fieri prohibet, adeo ut is, qui rem talem alienaverit, stellionatus, aut etiam furti actione teneatur. *l.* 3. §. 1. *D. Stellionatus. l.* 66. *D. de Furtis.*

S C H O L I U M.

Sed si stellionatus est, non erit Furtum, & vice versa. Tunc enim stellionatus est, si aliud crimen non subsit, d. l. 3. §. 1. Stellion. *Non mirum autem, hac parte dissentire JCtos; nam* l. 66. de Furtis, *Pauli est*, d. l. 3. *vero Ulpiani, cujus etiam opinio nobis videtur verior.*

R E S P O N S I O.

Dictum est hac de re ad tit. ff. de his, qui infam. not. n. 3. *& dicetur amplius* ad tit. Stellion.

N. A D D I T.

At in titulo de his, qui notantur infamia, n. 3. *de alia plane quæstione agitur, quæ hujus loci non est, nempe an stellionatus crimen sit famosum. In titulo vero* de Stellionatu *Auctor rationes suppeditat quidem, cur Paulus & Ulpianus dissenserint, antinomiam vero ipsam non tollit.*

DE ACTIONE HYPOTHECARIA.

8. (h) Effectus porro hypothecæ per actionem hypothecariam exercitus, cum adversus ipsum debitorem, tum contra quemlibet ejus possessorem valet; idque sive pignus sit proprie dictum, sive hypotheca, si nempe pignus amissum in alienas manus venerit. Nam quatenus a creditore detinetur, non tam opus est actio-

(f) *Pos.* 10. (g) *Pos.* 11. (h) *Pos.* 12.

† In mobilibus neque judicialis neque extrajudicialis hypotheca quidquam operatur; pignus de manu in manum traditum, (constituto possessorio & omni traditione ficta penitus exclosa) reapse possidens jure reali gaudet, & ex illo præ omnibus, qui classe prima non continentur, suum consequitur. Nec in nominibus inhibitio, aut præceptum de non solvendo, nec simplex scripto comprehensa suppositio jus reale operatur; ut hoc fiat, tradendum est documentum loco pignoris, & si nomen hypotheca gaudet judiciali, securitas vel cessio pariter judicialiter est confirmanda; in debitis feudalibus etiam consensu domini in translationem hypothecæ impetrato, *O. P. d. E. I. 6. E. Tit.* 44. §. 1.

actione, quam distractione, de qua *titulus infra* proprius occurret. Nomen hujus actionis notum est, quasi-Servianæ, cum Serviana simpliciter dicta sit, quæ domino fundi datur adversus colonum, ut ex §. 7. *Inst. de Action.* pridem constat. Distinguitur actio quasi-Serviana sive hypothecaria, in directam & utilem. Directa datur creditori ad persequendas res corporales, tam mobiles quam immobiles, contra quemlibet earum possessorem, ut vel re pignorata cedat, vel debitum petitori solvat §. 7. *Inst. de Actionibus*, *l.* 17. *& tot. tit. D. de Pignor. & Hypothecis*. Enimvero quod dicimus, eam dari contra quemlibet possessorem, sic intelligendum est; si debitor, ejusve hæredes & fidejussores non sint solvendo. *Nov.* 4. *c.* 2. Sed debitor ipse personali potissimum actione convenitur ex contractu, aliave causa ad obligandum valida, cui jungitur hypothecaria per modum accessionis: scilicet ut ejus bona cuncta, vel certa, si specialis hypotheca sit, *pro debito* quod petitur, *obligata & executioni subjecta declarentur*, quemadmodum natura negotii & pignoris, quod est accessio principalis debiti, dictat, & usus quotidie docet. Debitore mortuo, tenentur hæredes personali quidem actione primo, consequenter & hypothecaria, verum etsi nec hoc casu hypothecaria desinat esse accessoria, tamen inter ipsam & personalem actionem, quæ principalis est, evidens differentia constat; Nam personalis adversus hæredes pro partibus hæreditatis dividitur, ut singuli pro rata portione assis, ex quibus hæredes sunt, teneantur, secundum Legem XII. Tabularum, qua de re dictum ad *tit. Famil. ercisc.*

9. (i) Sed actio hypothecaria contra singulos hæredes in solidum datur, *l ult. C. Si unus ex plurib.* ut ordinarium est judicari: exemplum; si opus, habet Nauta *decis. MS.* 32. historiam referri utique non est opus. Rationem hujus disparitatis hanc reddunt Interpretes, quod actio hypothecaria sit *individua*, modo quidem loquendi a legibus non alieno; dicitur enim indivisa pignoris causa, in *l. Rem.* 65. *de Eviction.* verum sensu nescio an eo, quem vulgo ei tribuunt. Cur enim actio hypothecaria non æque dividi posset quam personalis, cum se referat ad res corporeas, quæ divisionem melius quam incorporales recipiunt? Quin si tu ponas, duos hæredes, qui non singuli, sed pariter, tantum pignoris, quantum sufficit ad solutionem, possident, puto rem certam esse nec aliter fieri posse, quam ut actio hypothecaria dividatur, æque ac personalis, ut quemadmodum singuli pro parte condemnantur ad solvendum, ita singulorum res possessæ & pignori devinctæ, pro parte teneantur. Dicamus igitur quod res est, singulos hæredes debitoris hypothecaria teneri, quatenus res pro debito pignori obligatas possident. *dicta l. ult.* Proinde sicut tertius possessor, qui nihil debet, hypothecaria tamen in subsidium tenetur, quatenus rem pignoratam possidet, ita & hæredes, qui pro parte tenentur ex debito, tenentur hypothecaria quoadusque possident; nam sic formatur adversus eos conclusio, aut cedant re pignorata, quam possident, aut solvant totum debitum, *d. l. ult. in fine*. prorsus ut adversus extraneos possessores unice potest ac solet agi. Idem de natura hypothecariæ actionis individua tenendum, ratione quorumvis debitorum, qui plures ad eandem rem obligati sunt; nam si uterque possideat res hypothecæ pro debito isto obligatas, singuli hoc modo conveniri possunt, ut re pignorata, quam possident, creditori cedant, aut totum debitum solvant. Quando igitur quod unus possidet, toti debito solvendo sufficit, idque dimittere non vult, per consequentiam ad totum debitum io solidum tenetur, veluti cum reditus annuus ex certo fundo debetur, qui fundus a diversis possessoribus pro diviso aut indiviso possidetur, creditor potest singulos possessores ita convenire, ut vel suam partem a se possessam petitori cedant, vel pecuniam a se petitam solvant, quomodo idem Nauta judicatum refert, in causa *Maeyke Hans.Wybes*, contra *NN. die* 5. *Apr.* 1636. & rursus in causa *Idæ Ibellæ de Tiara*, contra *hæredes I. A. B.* Cum enim rea pro dimidia parte possideret fundum, ex quo reditus annuus debebatur, cum pensionibus reliquis duorum & viginti annorum, sola condemnata est, ut vel sua parte fundi cederet, vel omne, quod petebatur, etiam pro alterius partis possessoribus solveret. die 20. *Dec.* 1678. Non ideo, quod actio hypothecaria sit *individua*; sed quod in rem directe comparata sit, ad petendam rem pignoratam, ubicunque sit, cum alternativa, solvendi debitum aut pignus amittendi. Quod autem *individua* non foret, inde rursus patet; quia si pars dimidia tanta non esset, ut toti debito sufficeret, actor hypothecariam suam divi-

(i) *Pos.* 18.

videre potuisset & divisisset, ita ut singulorum partibus conveniret. Denique, non esse individuam actionem hypothecariam, patet in de, quod hypothecaria, quæ datur legatario adversus hæredes, in petendis legatis, semper dividua sit & contra singulos pro partibus hæreditariis competat. *L.* 1. *vers. in omnibus sub fin. C. Commun. de leg. & fideic.* Cujus versiculi hunc esse sensum, non quem Faber *dec.* 48. *err.* 29. vult, quasi hypothecaria non detur contra tertium possessorem, probat Sandius *l.* 3. *tit.* 12. *def.* 23. Sedeat igitur hæc observatio, quod hæredes debitoris sæpe non pro hæreditariis partibus, verum in solidum, singuli per hypothecariam conveniuntur, id non esse hæredibus singulare, nec quidem esse ab individuitate *absoluta* actionis hypothecariæ, sed omnibus pignorum possessoribus, ex natura communi actionis in rem convenire, salva hac differentia, quod extranei possessores habent beneficium excussionis ex *Nov.* 4. *c.* 2. quo hæredes carere, satis constat ex *d. tit.* Sic cape causam indivisam in *d. l.* 65.

10. (k) Si debitor ejusve hæredes non exstent, aut solvendo non sint, priusquam tertius possessor excutiatur, fidejussores conveniendi sunt, qui scilicet ut principales debitores sunt obligati, & actionem principalem participant, quam proinde hypothecariam adversus tertium possessorem, præcedere debere, juris ratio dictat, & *Nov.* 4. *cap.* 2. qua derogatum videtur *l.* 14. *C. de Pignor.* ubi creditoribus, quando debitor pignora distraxit, neque ex pretio creditori solvit, optio tribuitur, utrum obligatos actione personali, an pignora possidentes in rem actione convenire velint. *Per Constitutionem d. Nov.* 4. personalis actio primum penitus exhaurienda & excutienda est, antequam ad possessores non obligatos perveniatur. Sed in hoc articulo multi notabilem differentiam statuunt, inter generalem & specialem hypothecam, quasi creditor, cui speciali hypotheca cautum est, quemlibet possessorem immediate convenire possit, id est, non excusso debitore principali, nedum fidejussore prius conveniendo, quod probant, ex *N.* 112. *c.* 1. *vers. ab hoc autem*. Cujus hæc est sententia, si debitor specialem hypothecam vendiderit, nec ex pretio creditori satisfecerit, huic licentiam dari, rem sibi obligatam vindicare. Sed alii, ut novissime Struvius *Exerc.* 26. *th.* 38. volunt, inscriptionem & argumentum hujus *Nov.* totum esse de rebus *litigiosis*, h. e. quæ lite contestata sunt venditæ, quarum venditionem cum prohibitam esse constet, ex *tit. D. & C. de Litigios.* ab illis ad res alias non liceat argumentari; nedum ut ultra novæ legis argumentum, rem æquitatis plenam, ne tertius possessor ignorans, ob alienum debitum re possessa spolietur, abolitam statuamus Carpz. *P.* 2. *Const.* 18. *def.* 18. & *lib.* 2. *Resp.* 72. Cessare tamen ex *d. N.* 112. in speciali hypotheca, si vendita sit tertio, beneficium ordinis, statuunt Thesaur. *decis.* 51. Berlich. *P.* 2. *concl.* 24. *n.* 67 & 68. Brunnem. ad *l.* 24. *C. de Pignor.* Gothofred. ad *d. Nov.* 112. *cap.* 1. Nec alia Cæsaris ipsius revera mens esse videtur, quia licet inscriptio *Capitis* sit de litigiosis, & de illis agatur *in pr.* hanc tamen sanctionem de specialibus hypothecis diserte inde separat. *d. vers. ab hoc autem.* Sententiæ tribunalium variant, quas recenset ex Struvio, Hahnio & Carpzovio, Thomasius *ad Strauch. diss.* 22. *th.* 5. Sed inter *Decis. MS.* Supremæ Frisiorum Curiæ refertur a *D. Nauta* exemplum rei judicatæ, qua possessor hypothecæ specialis, non adjutus sit beneficio excussionis, in causa *Mr. Gregorii Andreæ contra Dr. Martinum Grivium*, die 15. *Julii* 1643. quæ adeo sit verior sententia.

11. (l) Hypothecam æque res mobiles afficere quam immobiles, *superius* dictum est; consequenter actionem hypothecariam de rebus mobilibus dari contentaneum est, §. 7. *Inst. de Action.* quod nec hodie dubium habet, si adversus debitorem vel ejus hæredem agatur: etsi Mornacius ad *l.* 34. *h. t.* id in Gallia dubium fuisse referat usque ad 1. *Jul.* 1608. quo id a Senatu Parisiensi sit definitum, hypothecarios in mobilibus etiam præferri chirographariis. Sed quando res mobilis a tertio possidetur, hodiernis fere gentium moribus obtinuit, eam per hypothecariam actionem non posse avocari, quo pertinet regula frequens fori Gallici & aliorum; *Les meubles n'ont point de suite*, id est, *mobilia non habent sequelam*, idque propter ingens incommodum, quod ex ejusmodi persecutionibus in mercaturam inveheretur, qua de re vid. inter alios Mornac. *ad l.* 34. Grot. *l.* 2. *Introd. c.* 48. *num.* 34. Fabr. ad *tit. C. de SCto Trebell. num.* 89. Ne apud nos quidem frequens hujus actionis hypothecariæ usus apparet, nec ita vulgo opinantur, eum, qui rem mobilem pignori obliga-

(k) *Pos.* 15. (l) *Pos.* 17.

obligatam justove titulo adquisitam tenet, a priori creditore cogi posse ad cedendum; verumtamen apud nos tam valida est hæc regula, *Jus civile servari, quatenus non est mutatum*, ut in contradictorio creditori hypothecaria rei mobilis persecutio, negari non posse videatur. Obligationes jure mobilium censeri, notum, & *alias* dictum est; sed actionem hypothecariam contra tertium possessorem obligationis esse dandam, Curiæ nostræ *mea memoria* placuit in hac specie facti, quam ut usus rei intelligatur, adjiciam. Titius vir nobilis ordinis militaris Ductor, tempore secundi belli Anglicani dederat Provinciæ mutuo, duo millia florenorum: hanc obligationem cesserat Secundo, Secundus eam cesserat Tertio. Titio deinde mortuo nec solvendo reperto, Quartus, creditor ejus, princeps eorum, qui postpositi nihil acceperant, Supremæ Curiæ Senator D. Gerardus AD JUS, egit hypothecaria adversus Tertium possessorem obligationis 2000. florenorum, ut eam sibi tanquam priori hypothecario creditori, traderet, aut suum debitum solveret. Cum alter se opponeret, ratione prædicta, Curiæ sententia prima repulsus est actor, sed per Revisionem sententia reformata, Quartus suum jus hypothecæ obtinuit; quod non obtinuisset, si Curia de pignore mobilium rerum, quibus obligationes accensentur, adversus tertium agi non posse credidisset. Quin etiam in equum pignori obligatum, datas esse vindicias secundum hypothecam adversus tertium possessorem, memini de An. 1670. Idem apud Saxones obtinere, tradit Thomasius ad *posit.* 17. *h. t.* De limitationibus tamen hujus sententiæ pragmaticis, & quatenus in usum civilem atque promiscuum recipi possit, non habeo dicere; nam populi utilitas, & mercaturæ libertas, facile exceptionis aliquid mereri possent; maxime cum apud vicinos, quorum acta, commercii ratione nostris plurimum implicita sunt, contrarium, ut diximus, observetur. Hoc in illis ipsis locis, qui mobilibus sequelam hypothecæ negant, receptum placet; utique dari hypothecariam contra tertium, si manus illis antea injecta sit, hoc est *Arresto*, ut loquimur, præclusæ fuerint, per *d. l.* 34. & Mornacius ad *eand. L.*

12. (m) Modus, quo res hypothecariæ actioni fiunt obnoxiæ, est constitutio Juris in re, ut loquimur, quod afficit rem ubicunque sit & apud quemlibet possessorem, etsi mille per manus ambulet, secundum proprietatem omnium in rem actionum, *l.* 17. *h. t. d. l. unic. C. rem alien. gerent.* nec interest, quod ad hanc vim adficiendi rem, ubicunque reperiatur; utrum generalis, an specialis hypotheca sit; nam & prior illam vim singulas afficiendi res, æque ac specialis hypotheca obtinet. *c.* 2. *D. Qui pot. in pignor. l.* 6. *C. eod.* Sed ratione corporalium & incorporalium rerum, est notabilis differentia; quod proprie res corporales subjectam pignoris ac hypothecæ materiam constituant. Res incorporales, quia tradi, custodiri, supponi non possunt, pignoris usum per se non recipiunt, veluti de servitutibus proditum est in *l.* 11. *§. ult. h. t.* Quanquam utilitatis causa receptum est, ut quatenus creditoris securitati per incorporalis rei cessionem consuli potest, indirecte ac utilitatis causa, *quasi*-pignus aut hypothecam contrahi intelligamus, & conventiones ejusmodi tueamur. *l.* 18. *in pr. de Pignor. act. d. l.* 11. *§.* 2. *& l.* 12. *h. t.* Quapropter & obligationes sive nomina, pignoris usum admiserunt, ut quibus aut pignori tradita, vel hypothecæ devincta sunt nomina, non modo exceptionem, *d. l.* 11. *§.* 2. sed & actionem utilem consequantur. *l.* 4. *C. Quæ res pignor.* junct. *l.* 13. *§.* 2. *h. t. l.* 18. *in princ. de Pignorat. action. l.* 7. *C. de hæred. vel actione vend.* Quibus locis actiones *utiles pignoris*, super *nominibus* memorantur. Non desunt, qui pro utilibus hypothecariis, utiles in personam intelligi volunt, quos sequitur D. Wissenbachius *ad h. tit. th.* 8. At si tu cumules expressiones modo relatas, nemo dubitare potest, quin utilis actio simpliciter dicta, in materia pignoris, sit hypothecaria, quæ est utilis Serviana; maxime quando adjicitur, *jure pignoris*, ut est in *d. l.* 18. non potest non intelligi utilis hypothecaria, ut post Cujacium probat Sandius *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 24. Quanquam nec de *utili in personam* non valde refragaremur, quominus sicut ex actione donata, vendita, in solutum data, competit utiliter eadem in personam actio, quæ data fuit donanti atque vendenti, *l.* 5. *& l.* 8. *C. de Hæred. vend. l.* 16. *pr. de Pactis*, ferme eodem modo, qui pignori accepit jus personalis actionis, eam utiliter exsequi & instituere posset; siquidem cum in finem pignorata res intelligitur, ut pecunia suo tempore peti, & in solutum accipi queat,

ac

(m) *Pos.* 14.

ac ita forte conjungi poterunt, quæ discrepantibus hac de re Scriptoribus, traduntur apud Sandium *d. def.* 24. & Wissenbachium *d. th.* 8. Ipse quidem Sandius negat, utilem in personam dari posse; quo autem argumento? *Utilis*, inquit, *personalis nemini competere potest, nisi cessa, vel mandata fuerit*. Hoc quid est, si non temere φύγεν ἕρκος ὀδόντων; Nam ut prolixe ad *Tit. Mandati* probavimus, directa datur ex mandato, utilis, deficiente mandato. *l.* 5. *C. de Hæred. vel act. vend.* Imo quæ ex vendita actione utilis actio datur, eadem ex pignorata competit: *l.* 7. *C. eod. tit.* Atqui ex vendita actione sine dubio nascitur utilis in personam, *d. l.* 5. Ergo etiam ex actione pignorata. Nobis igitur, cur utrique non possit esse locus actioni, nihil admodum obstare videtur.

13. (n) Apud eundem in *defin. sequenti* traditum videmus, in hac utili nominis actione pignorata, non habere locum beneficium ordinis sive excussionis, sine ulla quidem lege, ex sententia Bartoli & aliorum, etsi forte venunis sit, quod Cujacius aliique statuunt; hac in parte nihil esse, cur aliud in pignore nominis, quam in aliis rebus sit statuendum, inprimis post *Nov.* 4. quæ hoc beneficium ad omnes hypothecas extendit. Excipit Sandius, in *d. Nov.* beneficium hoc dari tertio possessori: *Atqui debitor debitoris est quidem Tertius, at non tertius possessor*, ait. Imo profecto etiam est possessor; non possidet corpus rei debitæ, fateor, sed possessio talis intelligenda, qualis est hypotheca. Quidquid sit, usu tamen forensi valuit negativa, non dari hoc casu beneficium ordinis sive excussionis debitori debitoris, ut Sandius docet. Quod ut recte judicetur, sciendum est, hanc oppignorati nominis actionem bifariam institui posse; primo adversus debitorem, ut is solvat pecuniam, vel rem debitam, creditori creditoris, cui nomen pignori datum est: eaque ratio expediti usus est, quando creditor primus tradidit alteri instrumentum nominis obligati; tunc enim nihil causæ est, cur debitor opponat ordinis beneficium; quia tradito instrumento, apocha creditoris jus agendi habentis munito, sine periculo solvere potuit, nec multum interest ipsius, si plene liberetur, utrum ipsi creditori primo, an secundo solvat: quæ ratio sine dubio fecit, ut Doctores omnino beneficium ordinis hoc casu negaverint. Alter usus hypothecariæ actionis in *Nomen* est, quando debitor instrumentum obligationis ex pignoris causa non tradidit creditori, sed hypothecæ dumtaxat obligavit, idque venit in manus tertii, sicut evenerat in exemplo *supra* exposito. Debitor omnia sua bona generaliter hypothecæ obligaverat, inter quæ tunc etiam erat obligatio illa principalis, quam ipse deinceps in alios transtulerat; creditor ejus, utili hypothecaria conveniebat possessorem instrumenti obligationis præsentem: atque hujus certe intererat, ordinis beneficio an uti posset vel secus. Nec dubium, quin potuerit uti, si non pridem is, qui hypothecam constituerat, excussus & non solvendo repertus fuisset. Sic in priori exemplo; Primus Creditor ad possessorem obligationis ait: Obligatio, quam tu jure cesso possides, erat in bonis mei debitoris, antequam tibi cederetur: ideoque mihi jus hypothecæ inde ab eo tempore in illam competebat; redde igitur mihi obligationem pignoratam, vel solve quod mihi debetur. Excepit possessor: Excute primo debitorem principalem. Prodest ei exceptio. Pone aliter. Creditor, cui obligatio pignori tradita est, ad debitorem: Tu debes mille Cajo per obligationem, quam ecce mihi traditam pignori pro aliis mille, quos Cajus mihi debet. Cajus mihi jam condemnatus, & hæc obligatio declarata est executioni subjecta; solve igitur mihi, quo facto liberatus eris. Non habet debitor caussam de beneficio ordinis excipiendi. Sed est alia dubitandi ratio in casu, quo Creditor primus non habet instrumentum, sed hoc penes tertium est, ut in isto facto; utrum tunc ipse debitor, qui rem vel pecuniam obligatione comprehensam tenet, sit conveniendus, an possessor instrumenti; visumque tunc fuit in peristyliis fori, utrumque esse vocandum, & instrumenti & rei debitæ possessorem; quia sine traditione instrumenti, debitor ad solvendum difficulter urgeri posset. Sit igitur hæc conclusio, debitorem a creditore sui creditoris utili hypothecaria conventum, non habere beneficium ordinis; sed possessorem obligationis a creditore cedentis, utili actione conventum, recte ac utiliter ordinis sive excussionis opponere beneficium.

14. (o) Est & alius utilis hypothecariæ usus admodum frequens in nummos ex re a debitore vendita redactos & adhuc exstantes, *l.* 18. *de Pign. act.* Sand. 3. 12. 18. idque tam adversus

(n) *Pos.* 15. (o) *Pos.* 16.

sus primum creditorem, in pecuniam acceptam ipsius nomen excedentem, *l.* 12. §. 5. *ff. Qui pot. in pign.* quam contra emptorem qui debet pretium; idque duplici ratione, prima, quia quod ex corpore pignorato redactum, id pignoris loco est. *d. l.* 18. *fin. pr.* Altera, convenit hypothecæ generali, quod actio debitori ad pretium petendum adquisita, sub illa in commodum creditoris contineatur, *l.* 4. *C. Quæ res pign.* quam rationem solam agnoscit Sandius *d. tit.* 12. *def. ult.* Quod si consumpti sint nummi, nihil est quod repetatur, etsi a posterioribus creditoribus accepti consumptique fuerint, ut sæpe suo damno vidimus expertos creditores, qui a posterioribus repetebant pecunias ab ipsis pridem acceptas, nec exstantes; secundum quod πραγματικῶς docet *Lex* 1. *de Distract. pign.* nisi (quod frequenter accidit) hi, qui pecunias accepere, caverint, se restituturos quod acceperint nummorum, si postea constiterit, eos jure potiori ad alios pertinuisse, quemadmodum probat Sand. *l.* 3. *tit.* 12. *def.* 27. *in fin.* Quod etiam intelligemus, si creditores anteriores contra venditionem protestati fuerint, ut *ibidem* Sandius *in pr.* Adde, quod fiscus agere potest etiam de consumpta pecunia. *l.* 18. §. *ult. D. de Jure Fisci.* Idem creditoribus hypothecariis licet in casu, quo hæres inventarium fecit, & præpostere solvit, adversus eos qui ordine non suo pecunias acceperunt. *l. ult.* §. 6. *C. de Jure deliber.*

DE PACTIS PIGNORUM.

15. (p) Absolvimus partem hujus Rubricæ primam, quæ est de *pignoribus & hypothecis, & qualiter ea contrahantur*; sequitur pars altera, de Pactis pignorum, quæ pacta distingui possunt in licita & illicita. Licitorum pactorum species sunt antichresticum, de pignore vendendo, vel non alienando, & pactum constituti, cum similibus. Illiciti pacti specimen, est lex commissoria, quæ prohibetur in *l. ult. C. de pact. pign.* item, ne liceat intra certum tempus luere pignus, ut mox clarius. Antichresios pactum latine dicendum foret *reciproci usus*, & est Pactum, *quo convenit, ut creditor re pignorata loco usurarum fruatur*, secundum cujusque rei naturam: unde si prædium sit (nam & res immobiles pignori aliquando traduntur) potest hoc creditor antichresticus vel ipse colere, vel locare, pensionesque aut fructus sibi retinere. *l.* 11. §. 1. *h. t.* Distinguitur antichresis communiter in expressam & tacitam. Expressa, quando aperte dictum est, ut creditor fructum ita, quemadmodum intelleximus, percipiat. Tacita vocatur, quando nihil quidem de fructibus percipiendis est dictum, * sed debitor pecuniam sine usuris sub pignore tradito accepit, & retinet; tunc enim tacite inter partes convenisse videtur, ut creditori re pignorata loco usurarum uti frui liceat, *l.* 8. *Quibus ex causis pign. tac. contrah.* ex qua hæc species tacitæ antichreseos probari solet, auctore Cujacio *lib.* 8. *obs. c.* 17. Verba textus; *Cum debitor gratuita pecunia utitur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere.* Pecuniam vocat *gratuitam*, cujus usuræ in stipulatum deductæ non sunt; quia tamen pignus rei fructiferæ datum est, tacite id actum videtur, ut fructus usuræ loco cedant, maxime quia vix unquam ab usu alienæ pecuniæ usuras abesse constat. Neque tamen desunt, qui aliter *d. l.* 8. interpretantur, emendando, vel antichresin a mora demum inchoando, qua de re Gothofred. ad *d. l* 8. Ab hac etiam distinctione tacitæ & expressæ antichreseos, quæstio pendet, utrum perceptio fructuum valeat in infinitum, an ad quantitate in usuris præscriptam restringatur? Nam in expressa antichresi non potest creditor prohiberi, pleno pactionis emolumento frui; nec ad rationes fructuum aut pretii inde redacti reddendas tenetur, cum propter incertum fructuum proventum nihil fraudis hic legibus factum præsumi possit. *l.* 14. & 17. *C. de Usuris.* Ex adverso, in antichresi tacita, cum non sit datum jus percipiendi fructus, hos creditor, ut sibi debitos, percipere non potest, sed ex traditione rei fructibus edendis aptæ videtur, uti dictum, inter partes convenisse, ut e fructibus usura perciperetur, quæ sic usurarum modum lege definitum egredi non potest. *d. l.* 8. Quin & expressa antichresis hac parte recipit exceptionem, ut, si palam & liquido constet, creditorem plus e re pignorata percipere, quam modus usurarum ferat, fraus legi facien-

(p) *Pos.* 21. 22. & 23.

* Hoc pactum antichreseos tacitum, ad modum legitimarum usurarum, approbat & confirmat *des Torgauische Ausschreib.* d. anno 1583. tuhr. *Von Wucher*, *Wucherlichen* Contracten. §. *als haben wir solcher*, verb. *da einem ein Gut Pfandes weise eingeraumet worden ware, von der abnutzung desselben funf auf hundert rechnen.* Corp. jur. Sax. p. 412. conf. Carpzov. P. 2. C. El. 30. def. 40. n. 3.

cienda non permittatur. Velut, si per locationem creditor e fundo pignorato longe plus annuæ mercedis, quam usura sortis creditæ permitteret, sibi pactus sit & revera percipiat. *d. l. 14. verb. non enim locando*. Cæterum hoc pactum antichresios etsi valde ad securitatem commodaque creditorum pertineat, nec est apud nos hodie, nec apud Romanos fuisse videtur in usu frequenti; cujus rei argumentum est, quod nec latina nec vernacula vox hujusmodi pactum significans exstat; nisi quod Grotius id appellat *Wedertogt*, *l. 3. Introd. c. 8. n. 14.* nos proprie magis, opinor, in *Jurisprudentia hodierna* ex usu ipso vocavimus *Pandgenot. parte 1. l. 2. c. 48. n. 7.* Ratio autem frequentis usus videtur esse, quod pignora ex usu hominum negotiique natura, tantum in securitatem creditorum constituantur, nec ullum iis lucrum aut fructum ex rebus pignoratis sine furti vitio capere liceat. *§. 6. Inst. de Oblig. ex delict. l. 54. & 76. D. de furt. l. 7. C. eod.* Secundo, quia debitores ægre admodum possessionem rerum suarum fructiferarum amittunt, præsertim immobilium, in quibus antichresis maxime exercetur; cum, quia manifestari nolunt suum æs alienum, tum quia facile ex amissa possessione jactura rei totius consequitur. His accedit tertio, quod prætextu fructuum plus lucri quam per usuram liceat, hac ratione percipi possit. Ex quibus colligitur, pleramque acerbum hoc esse pacti genus, nec ideo popularis usus haberi. Unde ab agricolis eam stipulari, vetat Justinianus in *Nov.* 32. Jure Canonico plane prohibetur, *c. 1. & 2. de usur.* Argumentum, quod valde recedat a pignoris ingenio, præbet hoc; quod si creditor amiserit possessionem, in factum, non hypothecaria dicitur experiri, *l. 11. §. 1. h. t.* ejusmodi in factum *hypothecaria*, ut videtur, qualis est Aquilia in factum, *§. ult. I. d. L. Aquil.* non quod diversi generis actio sit, verum quia fructuum perceptio nimis procul a natura pignoris ordinaria recedit; ut in illa specie damni, quæ parit in factum actionem Aquiliam. *d. §. ult.*

16. (q) Pactum de pignore vendendo, respicit vel tertium, vel ipsum creditorem. Quod ad tertium spectat, quo effectu pactum illud de vendendo pignore adjiciatur, dicere cœpimus *ad tit. I. Quib. alien. lic. vel non*, & dicetur amplius *ad tit. de distract. pignor.* brevi secuturum. Conventio de pignore vendendo creditori, si intra certum tempus debitor non solvat, valet, *l. 1. C. de Pact. pign.* pretio tunc videlicet constituendo, *l. 16. §. ult. h. l. 34. de pignor. act.* non eo pretio, *quod ab initio constitutum fuerit. arg. l. ult. C. h. t. l. 16. §. ult. & l. 34. de pignor. act.*

S C H O L I U M.

Sed arg. ex d. l. ult. *non penetro, &* in l. 34. de Pign. act. *probatur quidem venditio, quæ fit, quando creditor pignus erat distracturus, sed non demum ea venditio, ut vult Auctor. Ergo casus ibi propositus non excludit alios, & facio igitur cum Struvio dissentiente* d. l. th. 35.

R E S P O N S I O.

Argumentum ex l. ult. *adeo subtile non est, ut penetrari nequeat. Lex commissoria in* d. l. ult. *prohibetur ob asperitatem suam, qua creditor debitorem in[illegible]ia anhelantem cogit recipere legem amittendi pignoris, cum nihil ei negare ausit, dum est in pecuniæ quærendæ momento. Non multum interest, paciscatur, ut pro summa credita pignus amittatur, an pro summa, in quam eo momento consentiat debitor. Hic enim eadem facilitate, qua contentus est, pro pecunia credita rem amittere, consensurus est, ut amittat eam pro summa specialiter exprimenda. In* l. 34. *non habetur quidem particula* demum, *sed evidentia discriminis inter æstimationem, quæ fit tempore debiti primum contracti, & quæ postea fit, illam ἐμφατικῶς postulat. Etiam* d. l. 16. §. ult. *satis eam inculcat, ubi*, Ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio TUNC æstimandam. *Illud* Tunc *facile τῷ* demum *æquipollet.*

N. A D D I T.

Consentio jam Auctori, & adeo Scholium hoc expungi potest. Potissimum propter d. l. 16. §. ult. *quæ argumenta ex reliquis textibus corroborat.*

(r) Aliud est pactum de pignore non vendendo, nec alienando; quod vel pignori in specie dicto, vel hypothecæ adjicitur. Quando pignori traditione perfecto adjicitur, efficit, ne creditori liceat aliter rem pignoratam alienare, quam post trinam denunciationem; si prius alienet, furtum committit, *l. 4. de pig. act.* sed de hoc *ad tit. de distract. pign.* Pactum hypothecæ adjectum, ne res obligata alienetur, a creditore proficiscitur, & primo quidem id efficit, ut si debitor contra fidem pacti rem obligatam alienet, in id quod interest teneatur, sicut omne pactum de non alienando. *l. 3. C. de Condict. ob caus. dat.* Insuper hoc pactum de non alienando pignore, valet

(q) *Pos.* 24. (r) *Pos.* 1. 10. & 11. *tit.* 5. *hujs lib.*

 ad

ad ipsam dominii translationem impediendam, *l.* 7. §. 2. *de Distract. pign.* ubi Marcianus, *Certum est*, ait, *nullam esse venditionem ut pactioni stetur*. Quod adeo priori juris rationi adversum videtur, ut quidam hunc textum emendent, *nullam esse pactionem, ut venditioni stetur*. Sed pactionem valere non est dubium. *d. l.* 3. *l.* 48. *de Pact.* De effectu saltem quæritur, actionem dumtaxat in personam pariat, an ipsam rem afficiat, ut dominii transitus impediatur: quod respectu pignoris adfirmatur in *d. l.* 7. §. 2. Nec aliis ratio differentiæ tam difficilis videtur, quam Bachovio 3. *de Pignor. cap.* 1. *n.* 4. non sane Thomasio. (1)

SCHOLIUM.

Reddit exceptionis rationem Wissenb. h. t. th. 25. *quod creditor jus reale habeat in re alterius. Quæ ratio, cur non sit amplectenda, caussam non video. Et itaque, si vendam rem tibi sub conditione, ne eam alienes, & aliquod jus in ea re retineam, vel conditio resolutiva sit, idem erit dicendum. Vide Brunnemann.* ad d. l. 3. C. de Cond. ob caus. dat.

17. De pacto *Constituti*, diximus ad *tit. de contrahenda emptione*, nec habemus quod heic loci repetamus, præter usum ejus in hypothecis. Quando debitor re sua carere non vult, & creditor obligatione pignoris non contentus, possessionem ejus appetit, hoc pacto mediam quasi viam inire possunt, ut creditor rem possideat, & debitor eam retineat; si hic scilicet constituat, se rem nomine creditoris possidere, *l.* 18. *de Adquir. possess.* ad quem titulum hujus rei locus est proprius. Liquet inde, quod aliquo modo ad naturam pacti antichrestici accedat: quatenus per utrumque jus possessionis transfertur in creditorem, ita ut debitor tanquam minister creditoris, esse magis in possessione, quam possidere intelligatur; ut quidem creditor remedia consequatur possessionis adipiscendæ, retinendæ, recuperandæ, sed cum fructibus nihil commune habeat, nec, inquam, omnino rem detineat. Num quis usus ejus rei sit in concursu creditorum, paulo *inferius* dicendi veniet occasio.

18. (s) Lex Commissoria, quam in pignore diximus esse prohibitam ex *l.* 1. *C. de Pact. pignor.* nihil est aliud, quam *Pactum, quo creditor paciscitur, ut si debitor intra certum tempus non solvat, pignus sit creditoris proprium*: quod merito prohibuit ibi Constantinus, * quia debitores in angustiis rerum suarum constituti, ac plus de bonis suis quam in iis est sperantes, facile ad ejusmodi pactiones ab avaris creditoribus abripiuntur, ut ita bonis suis avitis & patriis evolvantur. Proinde res per hoc pactum amissas recuperandi jus habent, rei vindicatione opinor. *d. l. ult. in fin.* Eadem ratio circumveniendi homines quærendæ pecuniæ anxios, improbare videtur pactum antichresi adjectum, *ne pignus creditori traditum*, ut fructus usurarum loco percipiat, *intra certum annorum spatium luatur*, ut probat & judicatum refert Sandius *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 11. Nonne & idem in quovis pignore locum habebit? Ita videtur. Nam soluto debito, pignus omnino reddendum est, *l. ult. C. de Luit. Pign.* Debitum autem in certum tempus contractum, etiam ante tempus solvi posse, constat ex *l.* 70. *de Solution.* ut probavimus *ad tit. I. de verb. obl. pag.* 294.

19. (t) Postremo ad actionem hypothecariam pertinet, quod tam in directa, quam in utili actione hypothecaria, non modo res ipsæ pignoratæ, sed etiam fructus & accessiones veniant in condemnationem, *l.* 3. *C. In quib. caus. pign. tac.* etiam quod per alluvionem fundo oppignorato accessit. *l.* 13. *& seq. de pignor. act.* nempe, fructus si post litem contestatam sint percepti, aut si exstent etiamnum; excepto, nisi ex re ipsa creditoribus satisfieri possit; nec enim plus quam ipsis debeatur, esse præstandum, res ipsa loquitur. *l.* 16. §. 4. *h. t.* Nisi quandoque possessor dolo vel contumacia sua, caussam jurijurando in litem præbeat, quo casu pro affectione jurantis fieri potest, ut in plus quam debet condemnetur. *d. l.* 16. §. 3. Extra hanc caussam, possessorem aut solvendo debitum aut pignoris æstimationem dando liberari, manifestum est. *d. l.* 16. §. 6. Sande *l.* 3. *tit.* 15. *defin.* 6. *in fine*.

TIT.

(s) *Pos.* 25. (t) *Pos.* 19. & 20.

(1) *Malim dicere particulam* Ut in l. 7. §. 2. de distr. pign. *conditionalem esse, ita ut sensus sit*, nullam esse venditionem si pactioni stetur. *Quibus verbis non docet J. C. Dominii translationem impediri, si res vendatur, sed, si pactioni stetur, rem vendi non posse, ita ut nulla possit concipi venditio, quin fiat contra pactum oppositum.*

* Idem improbatum fuit Jure Sax. El. d. *Torgauisch. Ausschreiben* d. rubr. § Item *dass einer ein geringes Geld auf ein Pfand, so weit mehr werth ist, ausleihet, und darneben dis ausdinget, wenn es innerhalb gewisser zeit nicht gelöset wird, daß es alsdenn verfallen seyn soll.* Corp. Juris Sax. p. 414.

TIT. II.

In quibus causis Pignus vel Hypotheca tacite contrahitur. †

I. Divisio hypothecæ Legalis in Expressam & Tacitam; & Differentia generalis tacitæ, a generali expressa. II. Hypotheca, quæ datur conjugi in bona conjugis alterius, quotuplex, & quando incipiat. III. Hypotheca liberorum in bonis parentum. IV. Pupillorum & Minorum in bonis Tutorum & Curatorum. V. Extensio ad Respubl. &c. VI. Hypotheca Fisci. VII. Legatariorum. VIII. Hypothecæ tacitæ speciales; prima crediti ad refectionem Insulæ. IX. Locatoris in prædiis urbanis atque rusticis. X. Ampliatio ejus ex iure Frisico. XI. Hypotheca redempti ab hoste. Reditus annuus ex prædio an tacitam hypothecam habeat. XII. An Arrestum jus hypothecæ producat. XIII. De hypotheca superficiarii rustici in agros domui subjectos.

(a) QUid & quotuplex sit hypotheca, & quæ actio inde nascatur, vidimus. Divisio prima fuit hypothecæ in publicam & privatam. Publica subdividitur, quod vel a lege vel a magistratu constituatur. Legalis hypothecæ species in hunc titulum contulit Digestor. Species admodum variæ sunt, & recensentur ab interpretibus, ut videre licet apud D. Schotanum *in Exam. ad hunc tit.* qui sedecim species enumerat, quas memoria retinere lubricum est, Ideo nos partitionis subsidio pauciora genera constituemus. Nam legalis hypotheca commode dividi potest in generalem & specialem. Generalis, ut vox indicat, omnia bona complectitur, ferme ut de generali hypotheca pacto constituta *præcedenti titulo* diximus. Una tamen notabilis est differentia; quod hypotheca conventionalis non comprehendit res necessarii usus, & quidquid debitor non creditur specialiter obligaturus fuisse. *l. 6. de Pign.* Sed ad legalem omnium bonorum hypothecam, exceptio illa spectare non videtur, quia generalis locutio complectitur omnes species, quatenus nihil exceptum reperitur: atqui per conventionem potest introduci exceptio tacite vel expresse; per legem sane quidem expresse aliquid excipi potest, forte etiam tacite ex natura rerum; sed non ex præsumpta voluntate contrahentium, quam in lege non posse habere locum, manifestum est. At vero præsumpta partium voluntas efficit exceptionem, *d. l. 6.* quæ cum in legali hypotheca cesset, nihil est certius, quam illam cuncta debitoris bona, nullis, ne quidem usus necessarii rebus exceptis, afficere; quod olim Curiæ nostræ Supremæ sic placuit in hypotheca, quæ datur liberis in bona parentum suorum, ut judicatum refert D. Saekma *in causa Tryn Hanne dochter*, contra *Sibrant Pieters*, *ante ferias natalitias* 1617. No-

(a) *Pos.* 1. & 2.

† In Saxonia nostra pignus tacite non amplius contrahitur. Magistratus pupillis, minoribus, furiosis & similibus personis, in bonis tutoris, vel curatoris, idem liberis in bonis patris administratoris, judicialem hypothecam in immobilibus ejus bonis secundum redituum annuorum proportionem constituit, aut, si tutores possessionibus destituantur, ad satisdationem idoneam eos compellit; pupilli bonis per novas adquisitiones auctis, quod rationes pupillares quotannis dispungentem latere nequit, securitatem etiam augeri curabit. *O. P. S. I. & E. Tit.* 41. §. 1. Ita & piarum causarum & fisci administratores vel hypotheca expressa, vel sufficiente cautione constringendi sunt. *d. Tit.* §. 2. Cæterum nec fisco in bonis eorum, qui cum eo contraxerunt, nec pupillis in bonis sua pecunia emptis, nec piæ causæ in bonis debitorum ullum jus reale superest, nisi expresse constitutum. *d. Tit* §. 3. Feminis etiam cum quoad dotem, tum quoad paraphernalia, expressa speciali hypotheca judiciali opus est; quod vero ad legatarios, fideicommissarios particulares & donatarios mortis causa attinet; si testamentum, quo sunt honorati, judiciale est, post eius publicationem a iudice ex officio hypotheca expressa est constituenda; sin illud est extrajudiciale, hæredes sub dupli pœna & jactura beneficii divisionis, intra tres menses a tempore aditæ hæreditatis, in judicio, quid testator post mortem suam fieri voluerit, indicent, & præstanda præstent. Locatoribus denique jus retentionis in fructibus natis vel rebus illatis, sartum tectum superest. *d. Tit* §. 4. Quibus hactenus tacita hypotheca prospectum fuit, intra sexennium eam in expressam commutari curent, eo eo temporis momento, quo olim jus reale consecuti sunt, valituram, vel alia idonea cautione securos se faciant; illud petentibus non negabit judex, quod ad pupillos attinet, & qui pari jure utuntur, ecclesias etiam, scholas, pias causas, & fiscum, idem ex officio faciet. *d. Tit.* §. 5.

Nostra iterum memoria respectu hypothecæ, quam pupillus habet in bonis sui curatoris, in causa *Hidde Wybes appellant*, contra *Pieter Jansen tot Delfzyl*, *ante ferias caniculares* 1681.

2. (b) Species generalis hypothecæ legalis, ad quinque reduci possunt. Prima datur conjugi in bonis alterius conjugis, atque hujus iterum tres sunt species; prima datur uxori in bonis mariti ad dotem restituendam. *l. un.* §. 1. *C. de Rei uxor. actione.* §. 29. *Inst. de Act.* Secunda datur eidem uxori, pro conservandis bonis paraphernalibus, *l. ult. C. de Pact. sup. dot.* saltem inde a Doctoribus elicitur; etsi verba Justiniani tantum de eo casu loquantur, quo maritus ex cautionibus paraphernis sibi traditis, pecunias ex illis mulieri debitas exegit, ut probat Giphan. ad *d. l. ult.* Haud tamen improbabiliter Dd. nec in Foro dubitatur. Tertia datur marito in bona uxoris, vel ejus, qui dotem promisit, ad hoc, ut tam dos, quam ejus evictio præstetur. *d. l. un.* §. 1. Sed inter duas priores species Curiæ nostræ placuit discrimen super initio cujusque hypothecæ, quæ res in concursu creditorum non est levis momenti. Discrimen hujusmodi proditum est. Hypotheca pro dote mulieris, incipit a tempore quo vir eam accepit; * ita quemadmodum fieri par est, ut hypotheca, quæ est accessio, pariter cum principali obligatione nascatur. Sed quæ pro bonis paraphernalibus est, non inchoatur, nisi postquam vir res alienavit, ** aut pecuniam consumpsit, vel ab uxoris debitoribus accepit; idque propter verba *d. l. ult.* quibus hypotheca pro paraphernalibus concessa, refertur ad exactionem pecuniæ a marito factam, verbis, *habeat hypothecam adversus res mariti*, *ex quo pecunias ille exegit*. Tamen etsi non desint, qui hypothecam pro paraphernalibus a primo tempore matrimonii, vel saltem ab eodem tempore, quo dotis hypotheca nascitur, initium capere statuunt, ut videre est apud Sandium *d. tit.* 12. *def.* 4. Sed priorem sententiam Curia nostra merito prætulit, etiam novissime in causa *Claeske Joukes Oenema cum soc.* contra *J. K. ante ferias Paschales* 1680.

3. (c) Secunda species Hypothecæ legalis est, pro liberis in bona parentum, ejusque tres iterum sunt species particulares. I. Qua liberi habent jus pignoris in bonis patris sui, pro conservatione bonorum maternorum. *** *l. 6. §. ult. C. de Bon. quæ lib.* II. Quæ competit liberis in bona parentis binubi, pro conservatione rerum, quas ille parens binubus a priore conjuge, vel a liberis prioris matrimonii consecutus est, quorum scilicet ususfructus ad patrem pertinet, proprietas apud liberos remanet. *l.* 3. & *l.* 8. §. *ult. C. de secund. nupt.* III. Species competit liberis in bona matris & vitrici, ratione tutelæ, quam mater gessit, a qua non redditis rationibus ad secundas nuptias festinavit, *l. 6. C. Quibus caus. pignus tacit.* atque hæc extenditur ad ea, quæ mater vitricusve pro tutoribus aut curatoribus egerunt. Sand. *l.* 3. *tit.* 13. *def.* 2.

4. (d) Tertia species hypothecæ tacitæ generalis, datur pupillis & minoribus in bonis tutorum & curatorum, **** eorumque qui pro tutoribus aut curatoribus egerunt, cujus hypothecæ originem aliunde petere non licet, quam ex *l.* 20. *C. de Administrat. tutor.* quæ est

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4. (d) *Pos.* 5.

* Apud nos modo dos fuerit numerata, hypotheca, quæ uxori ratione dotis competit, (de qua dictum fuit *P.* 1. *p.* 418.) incipit a tempore copulæ sacerdotalis, *P.* 2. *C.* 24. ibique Carpz. *def.* 1.

** Jure nostro hæc Hypotheca paraphernalium ratione, a tempore illationis competit, *O. P. S.* Tit. 45. §. *under andern. verb. der er Güter halber, welche sie über das Ehe-Geld ihren Mannern zubringen.* j. Tit. 49. §. *Was aber. verb. Wenn. es verändert und nicht mehr verhanden.* Carpzov. *P.* 2. *C.* 24. *def.* 9. j. Ziegler. *ad Tit.* 45. *d.* §. verb. *Welche sich über das Ehe-Geld.* p. 272. Intuitu vero bonorum receptitiorum, ne jure Saxonico quidem hypotheca mulieribus concessa est, Carpz. P. 2. C. 24. *def.* nec pro alimentis, nisi in casu *O. P. S.* t. 50. §. *Denn wenn einer.* Imo licet leges Civiles privilegium hypothecæ ad donationem propter nuptias extendant *a. l.* 19. *C. d. Jur. dot.* Carpz. P. 2. *C.* 24. *def* 6. n. 1. Jure nostro tamen tantum ejus intuitu inter Chirographarios uxor refertur, cum de lucro captando certare censeatur. *O. P. d.* §. *so wollen.* Carpz *d. l.*

*** Jure Civili hæc hypotheca tantum intuitu bonorum maternorum, & materni generis liberis concessa est, *l.* 6. §. *f. C. de bon. quæ lib.* Carpz. P. 2. *C.* 24. *def.* 18. Lauterb. *Diss. d. tacit. pign. th.* 14. Bachov. *d. pign. l. c.* 9. n. 9. Dissent. Treutl. *V.* 2 *diss.* 1. *th.* 4. *lit. b.* Brunn. *ad d. l.* 6. §. *f.* n. 15. Sed *O. P. S.* t. 45. §. *unter andern.* eam ad omnia bona adventitia extendit, quorum administrationem pater habuit, Carpz. *P.* 2. *C.* 21. *def.* 119. in quam sent. pron. *Fac. Jur. Lips. M. Aug. An.* 1700.

**** Hæc Hypotheca tacita, nostro Jure ex tempore confirmationis factæ regulariter incipit, *O. P. S.* t. 45. §. *Ob auch wohl.* Jure Civili a tempore, quo tutela suscepta est, aut suscipi debuit, *l.* 10. *C. d. adm. tut.* Ant. Fab. *C. l.* 5. *tit.* 7. *d.* 1. *n.* 4. qui terminus administrationis susceptæ etiam apud nos in protutoribus recipiatur *d.* §. Feminis autem in bonis Curatorum nulla hypotheca competit, quia hi consilio quidem eis subveniunt, sed bona earum non administrant, Carpz. *P.* 2. *C.* 24. *def.* 21. Moller. *ad. P.* 2. *C.* 13. *n.* 66.

est Constantini Mag. ante quem non legitur pupillis hypotheca tacita generali fuisse consultum. Quamvis autem hæc quæstio videatur esse historica, tamen & ad juris consequentiam pertinet; quia si jam olim ante Constantinum pupilli tacitam habuerint hypothecam, privilegium illos inter hypothecarios quoque habere, dicendum foret, quia satis constat, privilegium exigendi ante alios, olim ipsis datum fuisse, *l. 19. & seq. de reb. auctor. jud.* quod si tunc hypothecam non habuerint, nihil aliud quam privilegium inter personales creditores iis adscribi potuit. Nos tenemus, hypothecam ante *d. l.* 20. non fuisse stabilitam; etsi quod ad consequentiam ordinis attinet, de eo ad *tit. Qui potiores in pign.* videbimus. Ratio nobis hæc constat, quod legalis hypotheca non nisi e verbis alicujus legis expressis, * qualis hic deficit, intelligi potest. Aliter juxta alios sentit Wissenbachius noster *Disp. ad ff. 51. parte 1. th. 11.*

SCHOLIUM.

Qui non quidem Textus adducit, in quibus pupillis hoc beneficium detur, sed conjecturas tamen adducit non improbabiles, ante d. l. 20. pupillos jam pignus tacitum habuisse: quas inter potissima desumitur ex ipsis d. l. 20. *verbis, quæ sane ita sunt concepta, ut potius declarent jus pupillis jam competens, quam ut novi quippiam disponant. An vero hoc jus tacitæ hypothecæ transeat in hæredes pupilli,* vide Strauch. XXII. 3. & ibi not. p. 298.

RESPONSIO.

Equidem probabilia non pauciora habet pro negativa Anton. Faber Jurisp. Papin. tit. de Tutel. pr. 3. illat. 10. *quæ refellere fatagit D. Wissenbach,* d. th. 11. *Quod ad verba* d. l. 20. *attinet, non utitur quidem prolixa oratione Constantinus, ad significandum se jus novum introducere: sed rem tradit, quæ nunquam tradita fuerat, quod constet, & quod adeo temere adfirmatur.*

N. ADDIT.

I. Cum Auctor adversus responsiones Wissenbachii, quas hic dat ad rationes Fabri, nihil excipiat, non poterat etiam ad illas rationes Fabri tanquam probabiles provocare. II. Lex Constantini hæc est: Pro officio administrationis, tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est, & si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administraverit. *Istud minime prohibentur, indicat, quod Imperator de pignore tacito loquatur, tanquam de jure, de quo nullum sit dubium, non quod ipse de novo pupillis dederit. Quod vero Auctor dicit, eum rem tradere, quæ nunquam tradita fuerat, in eo petit principium. Sed tamen, inquit, non constat ea de re, adeoque temere affirmatur. Verum vel argumento verborum allatorum, & rationum a Wissenbachio adductarum, id constat. Adde omnino Jacob. Gothofr.* ad Cod. Theod. eand. legem, quæ est 1. tit. 19. lib. 3. *ubi pluribus sententiam nostram, contra opinionem Auctoris, quæ inventum Francisci Balduini est, defendit.*

Præcipuum, quo dissentientes moventur, argumentum est ex *l. unic. C. rem alien. gerent.* quæ est Severi & Antonini ad quendam pupillum vel minorem, ejus sententiæ, quod curator res *cum sua causa* potuerit alienare. Per *causam* intelligunt hypothecam tacitam pro administratione. Verum quid magis vetat intelligi, expressam illic hypothecam fuisse e contractu, quam ex lege tacitam, cujus legis nulla fit mentio? Præterquam quod *causa* multo melius ibi ad fructus aliasque accessiones rei cohærentes potest referri, quam ad hypothecam, sicut hoc sensu *causæ* vocabulum longe fre-

* Neque tamen legi Romanæ unice datum, tacitas constituere hypothecas, neque idem Juri non scripto & Moribus est denegatum. Prius assertum satis firmant exempla hypothecarum legalium ex lege Saxonica, *Ord. nemse Proc. Saxon. Tit.* 45. in notis paulo ante adducta; adde Schilterum *in Exerc. ad D.* XXX. §. 88. ubi Sutorum Lipsiensium collegio tacitam hypothecam in bonis administratorum, ex concessione Electoris competere memorat. Quod ad posterius attinet, idem ille magnus Juris patrii Stator *Exerc.* 24. §. 49. ex Carpzovio docet, domino in bonis furis competere tacitam hypothecam, moribus, observantia, atque prudentum auctoritate, quod probat. ill. Thomasius *in not. ad Tit. D. de Condict. Furt.* licet dissentiant JCti extranei, Brunnem. *de Proc. Conc. Cred. c.* 5. §. 52. Stryk *in Usu Mod. Tit. de Condict. Furt.* §. 2. Ludovici *Doctr. Digest. Tit. eod.* §. 5. Idem Schilterus *Ex. alleg.* §. 35. in provinciis Saxonicis longa consuetudine obtinuisse ait, ut rusticis, si in bonis venditis nec dominium nec hypothecam, usque ad plenam pretii solutionem, sibi reservaverint, tamen hypotheca tacita ipsis adjudicanda sit; quod in Ducali Saxonia expressa constitutione firmatum. Denique morum constantia invaluit in Saxonia, in muneribus patrinorum seu pecunia lustrica, *Pathen-Gelde*, liberis tacitam hypothecam tribuendam esse a die baptismi. Ita pronunciarunt. *Scab. Lips. Mens. Jul.* 1707. JCti *VVittebergenses mens. Febr.* 1708. teste Bergero *Delin. Jur. Civ.* 4. *h. not.* (*f*) *in f.* & JCti *Lipsienses, Mens. Jun.* 1718. teste ill. Menckenio nostro *ad O. P. S. tit.* 41. §. 3. Iidem, eodem auctoritate, derivari hoc pignoris jus ad matrem ratione dimidiæ partis pecuniæ patrinalis, quam jure successionis, cum liberi mortui sunt, consequitur, merito *pronunciarunt mens. Dec.* 1728.

frequentius & usitatius, quam pro hypothecæ onere accipi constat, ut videre licet apud Brisson. *de verb. signif.* voce *causa.* Nec aliter alienatio *cum sua causa* ab interpretibus accipitur ad *l. 67. D. de cont. emptione.* ubi Gothofred. Quod porro habet Wissenbachius noster, qui dissentit, ad *tit. Pand. de administ. tutor. th.* 11. veteres Imperatores hoc quoque semper egisse, ut pupillis quam optime prospectum esset, *arg. l. 2. §. 2. D. qui pet. tut.* parum valet ad tacitam hypothecam sine lege stabiliendam, quando & citra illam satis olim abundeque pupillis consultum fuit actione tutelæ, de rationibus distrahendis, rei vindicatione, si res ipsorum nomine vendita esset, denique per satisdationem. Quod igitur religio est Juris Consultis sine lege loqui, id in hac quæstione juridico-historica valebit, nec altius quam a *dicta lege* 20. repetemus hanc hypothecam. Sed quod modo in *scholio* movit Thomasius, an hæc hypotheca tacita duret in hæredibus minorum, si causa jam, minore vivo, commissa sit, non multum habet ex jure dubitandi causæ, cum ipsa in integrum restitutio hæredibus detur, *l. 6. de Rest. in int.* ac ita recte Carpzov. 4. *Respons. t. 4. resp.* 33. *n.* 9. & Brunnem. *ad. d. l.* 20. Multo minus adsentiendum Mornacio *ad l. 17. de pignor.* ubi docet, hanc regulam, *pignoris persecutio in rem parit actionem creditori*, non esse intelligendam de Legali, sed tantum de conventionali hypotheca, quod non minus ab usu, quam a ratione juris antea demonstrata, est alienissimum.

5. (e) Porro hujus quidem speciei non dantur plures species, sed extensio prodita est ad civitates, & similes universitates, quæ jure pupillorum & minorum uti dicuntur in *l. 3. C. de jur. Reip. l. 4. C. ex quibus caus. maj.* ideoque & ibi restitutionis beneficium merentur, quod etiam ad ecclesias producendum, * per *l. 19. & 23. C. de sacro-sanct. Eccles.* eadem scilicet analogia, quæ respondeat hypothecæ pupillorum; ut locum habeat in bonis eorum, qui res civitatium & ecclesiarum administrarunt; nam alioquin in bonis debitorum suorum civitates nihilo magis habent hypothecam, quam pupilli atque minores aliis hac parte præferuntur. *l. 8. Qui pot. in pign.* Negusantius *de pignoribus*, *membr. 4. part.* 11. *num.* 120. Sand. *l. 3. tit. 12. def.* 1. In Brabantia viciniisque locis, non agnosci hanc tacitam pupillorum hypothecam scribit Stokmannus *decis. Brab. 96. n.* 9. negligentiæ & imperitiæ causa magis, ut apparet, quam jure positivo contrario.

6. (f) Quarta species legalis omnium bonorum hypothecæ, datur Fisco, tam in bonis administratorum, quam debitorum suorum, non modo ratione tributorum & vectigalium, sed etiam respectu æris alieni, *l. 1. & l. 2. Cod. h. t. l. 46. §. 3. jure fisci*, ubi fiscus *semper* jus pignoris habere dicitur, hoc est, ita sicut expositum est, non infinito sensu; nam in pœnis sive mulctis exigendis, fiscum jure pignoris non gaudere, ** sed aliis creditoribus postponi, docet Modestinus in *l. 17. D. de Jure Fisci*, nec si privato hypothecam non habenti successerit, plus juris habet, quam is habuit, cui successit, *l. 1. §. 1. Quib. mod. pign. solv.* cæterum, posteaquam successit, habebit privilegium suum, ait *l. 6. in pr. de jur. fisc.* Atque hoc fisci privilegium hodieque etiam in illis locis, ubi pignus non nisi per actum publicum constituitur, obtinere, probat Stockmannus *decis. Brab. 40. n. 3. & seqq.*

7. (g) Quinta species est hypotheca legatariorum & fideicommissariorum, quam dedit illis in bona defuncti testatoris, *lex 1. C. com. de leg. & fideicomm.* de qua hoc singulare titulo præcedenti habuimus, quod non detur in solidum contra singulos hæredes, nec quidem quatenus ex bonis defuncti possident, sed tantum pro partibus hæreditariis. *d. l.* 1.

8. (h) Hæ sunt species hypothecæ legalis omnium bonorum, quas in jure proditas accepimus. Sequuntur hypothecæ speciales ex lege, quæ pauciores numero sunt. Prima datur ei, qui credidit ad refectionem insulæ, h. e. ædificii; nam sic appellari domos, satis ex legibus & aliunde constat, de quo videatur Brisson.

(e) *Pos.* 6. (f) *Pos.* 7. (g) *Pos.* 8. (h) *Pos.* 9.

* His similibusque piis locis, etiam in bonis administratorum suorum jus tacitæ hypothecæ largitur *O. P. S. tit.* 45. §. *so sind auch.* add. Carpz. P. 1. c. 28. *def.* 115. Ziegler. *ad d. Tit.* verb. *Welche einer Stadt. oder Gemeine.* iisdemque piis causis *d. Tit. Ord. Pr. Sax. §. Weil wir.* tacitam hypothecam pariter in bonis debitorum, quoties pinguius jus ipsis non competit, e. g. si obligatio ex mutuo dato oriatur, concedit. Carpz. P. 1. c. 28. *dec.* 116. I. l. *dec.* 277. cum Jure Communi talis tacita hypotheca nullibi ipsis tribuatur, Hart. Pist. *Obs.* 68. Negusant. *d. pign.* P. 2. *membr.* 4. *n.* 181.

** Jure Saxonico Electorali *per O. P. S. Tit.* 43. §. 5. Fisco pœnam in concursu exigente, tacita hypotheca ex tempore condemnationis, *von der Zeit an zu rechnen, da einer in die Strafe vertheilet worden*, competit, modo exigens jura fisci habeat. Conf. ill. Mencken. *ad O. P. S. d. t. §.* 13.

Brisson. *de verbor. signific.* verbo *insula*. Papinianus ita etiam in *l.*1. *h.t.* ubi & ampliat hanc positionem, quod non modo, si domino ædium credita sit pecunia, sed etiam si redemptori, locum habeat. Quæ res facit, ut paterfamilias ædificaturus diligenter advertere debeat animum, an redemptor, cui locat opus faciendum, satis sit solvendo; nam si ipse redemptori pretium, de quo convenerit, solvat, & hic, ut est hoc hominum sæpe leve genus, materiam ædificii debeat aliis, hi creditores actionem hypothecariam adversus insulam extructam habent, eaque dominus aut cedere, vel rursus solvere cogetur. Sed lex de *restitutione* tantum insulæ loquitur, nec ideo ad novæ domus ædificationem, vel ad operis publici, præter domos, confectionem, qua de re Sandius *lib.*3. *tit.* 12. *def.* 7. nec etiam ad navis reparationem extendi potest, blandiente licet similitudine rationis; nec enim habent aliam isti quam ex conventione hypothecam, *l.* 17. *C. de pign. l.*7. *C. qui potior. in pign.* nec aliter accipere fas est *Nov.* 97. *c.* 3. *in princ.* ut probat D. Wissenbach. ad hunc titulum a *principio*. Sand. *l.*3. *tit.*12. *def.* 5. (1) Proinde lege speciali opus est ad ejusmodi extensionem stabiliendam; nisi forte tam multo prægnantior sit ratio mercaturæ in aliqua gente, quam fuit apud Romanos, ut inde qui regnum forense tenent, unanimi consensu hypothecam ad refectionem Navium producant, quomodo de moribus Hollandiæ non dubitat Grotius. *l.*2. *Introd. c.* 48. *n.* 14. Non habet etiam locum hæc hypotheca legalis, si post domum aliquamdiu exstructam, pecunia in solutionem illius impensæ credita fuerit, nec etiam, si reparatio non fuerit necessaria: idque propterea, quod hujus hypothecæ illa celebris ratio sit, *ne ædificia destruantur*, cujus rei curam legislator Romanus habuit insignem; hoc autem periculum cessat, ubi domus jam pridem ædificata fuit, nec in voluptuariis substructionibus ullam rationis speciem habere videtur, per ea, quæ Sandius habet *d. t.* 12. *def.* 5. Quid vero si creditor probet, domum fuisse in eo statu, ut reparationis indigeret, scriptumque sit, eo pecuniam esse conversam, numquid amplius a creditore quod probet exigendum? Non videtur; cum alioquin creditor ædificandi curam, quod facultatem non habet, suscipere cogeretur, *arg. l.* 1. §. 8. & *l.* 7. *de Exercit. actione*. nisi tamen longius spatium intercesserit. *arg. l.* 24. *de Reb. auct. jud. possid. in fine*.

5. (i) Secundum speciale pignus ex lege, datur dominis prædiorum locatorum; cujus etiam duæ sunt species particulares; prima datur urbani prædii domino, in rebus invectis & illatis, *l.*4. *h.t.* sub quibus non modo supellex, sed etiam res venales, quatenus in ædibus extant, comprehenduntur; etsi sub legato rerum, certo in loco existentium, res venales non contineantur. *l.*73. §. *pen. de Legat.* 3. *l.*32. §.4. *de Aur. & arg. leg.* vid. Wissenb. *ad tit. de Pignor. n.*7. Quid si conductores sint pupilli & minores? Distinguitur, utrum conductio facta sit cum auctoritate tutoris vel curatoris, an secus. Si prius, eorum res invectæ ac illatæ tenebuntur, non obstante quod sine decreto magistratus alienari nequeant, *l.* 1. & *l.* 2. *de reb. eor. l.* 22. *C. de Administr. Tut.* & sub prohibita alienatione pignoratio contineatur. *L.ult. C. de reb. alien. non al.* Spectat enim illa prohibitio ad factum alienandi pignorandique, non ad tacitam legis operationem. Si vero sine tutoris auctoritate tacta sit conductio, res invectæ non tenebuntur, quia contractus principalis, cujus hypotheca est accessio, non valet, nec aliter sentire puto Gailium 2. *obs.*33. Perez. ad *h. t. C. n.* 6. Wissenb. *ad h. tit. th.* 10. A quo *thesi praeced.* movetur & hæc quæstio; si conductor relocaverit ædes, an res secundi quoque conductoris tacito pignoris jure domino teneantur, de quo nos actum in *tit. de Locat. conduct.* non agemus denuo. Sed hypotheca tacita in res invectas & illatas, in hoc a cæteris pignoribus differt, quod non detur adversus quemlibet rei possessorem ubicunque res illa reperiatur; siquidem alligata est hæc hypotheca locationi conductioni, ut si res alienatæ sint, extraque ædes conductas alio translatæ, per hypothecariam non repetantur, nisi pensionis nomine, dum adhuc essent in ædibus, præclusæ fuerint; sive, ut hodierno more loquamur, *arresto* fuerint comprehensæ: nam si tunc alienentur, id cum onere suo fieri intelligitur, neque res hypotheca liberantur. *l.*9. *D. h.t.* Ex qua interpretatione patet, quomodo Nervam Juris C. Paulus ait derisum fuisse, quod

(i) *Pos.* 10.

(1) *Consuli hic potest Joseph. Averanius interpret. jur. lib.* 2. *cap.* 11. *ubi pluribus hanc quæstionem exponit, & ob objectionibus vindicat.*

quod servos ita præclusos, per fenestram dimissos liberari posse crediderat (risum illum puto χαριεντισμὸν potius, quam sarcasmum fuisse: nec enim veteres JCti sibi mutuo insultare soliti sunt.) Atque ea res hodiernis moribus sine dubio servatur. Quod si res invectas & illatas publice contingat esse venditas, quamdiu pretium superest, per utilem hypothecariam in pecunias inde redactas agi potest, creditoresque in eam præferri, ordinarium est judicari, secundum ea, quæ *titulo præced.* exposita sunt. Altera species hujus pignoris, Domino prædii rustici datur in fructus ex eo fundo natos *l.7. h.t.* In res invectas & illatas non placuit, rustica prædia quod attinet, hypothecam tacitam dari; cum satis illa priore consultum videretur; in prædiis autem urbanis cum nulli sint fructus, præter res invectas & illatas, nihil erat, quod hypothecæ subjici posset, *l. 4. h. t.* expressa igitur conventione opus est, ut res invectæ & illatæ in prædiis rusticis obligatæ censeantur, *d. l. 4. & l. 7.* secundum quæ accipienda sunt verba *l. 5. C. de Locat. & cond.* ubi certi juris esse dicitur, ea quæ *voluntate dominorum*, coloni in fundum conductum invexerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. Si tu *Voluntatem partium expressam* intelligas, nihil ab re alienum dixeris, & est hæc ni fallor, communis responsio. (a)

10. Pignus hoc ab Ordinibus Frisiæ ita ampliatum est, ut domini prædiorum non tantum in res a colono invectas & illatas, etsi nihil convenerit, verum in omnia coloni bona tacitam hypothecam habeant, pro mercede biennali. Si quid ultra biennium debeatur, id in ordine personalis crediti subsistit, salvo tamen jure legalis hypothecæ in fructus, vel expressa hypotheca; inprimis *registrata* per *Edict. die* 22. *Febr.*1656. quod hanc rationem in præfatione authentici edicti præfert; quia dominus prædiorum cis biennium non potest expellere colonum, etsi nihil mercedis solverit. Lex, quæ dominum cogit tamdiu retinere cessatorem colonum, mercedis eo tempore cessuræ securum eum reddere debere videtur. Cui accedit, quod multæ locationes conductiones absque hypothecis conventionalibus fiunt, ideoque domini frequenter in concursu creditorum postponebantur, ipsi interim cum prædiis suis, oneribus publicis obnoxii manentes, ut latius *in Edicto*. Cujus æquissima ratio est, ut ei non male conveniat, quod Mornacius ad *l. 1. de Pignor.* observat, doctrinam pignorum ex iis esse, cui plurimum desit in arte Romana, & quam maxime a legibus temporum suppleri necesse sit.

11. Præter hasce duas species, nullum aliud legale pignus speciale jure civili proditum videtur, nisi addendum sit, quod is, qui captivum ab hoste redemit, tamdiu pignoris instar in hominem redemptum habeat, donec lytrum restituatur. *l.15. de Captiv. & post l. 2. C. eod.l.20. §.1. π. Qui testam. fac. l. 43. §. ult. de Legat.* 1. Sit hæc igitur tertia species. (k) Secundum has quartam hujus pignoris taciti particularis speciem, tradunt interpretes pro *reditu annuo*, qui ex fundo vel ædibus solvitur, pro quo idem prædium tacito pignori creditur esse obligatum, ut multa auctoritate probat Sandius in *lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 8. remque ita judicatam cum jure civili conciliat, remota objectione, quæ movetur ex *l. ult. §. 1. D. de contrah. empt.* ex qua D. Schotanus in *examine ad hunc titul.* eandem sententiam probat. Videre opus est textum. Scævola: *Lucius Titius promisit de suo fundo centum millia modiorum frumenti annua præstare prædiis Caji Seji: Postea L. Titius vendidit fundum .... quæro, an emptor C.Sejo ad præstationem frumenti sit obnoxius: Respondit, emptorem C. Sejo obligatum non esse.* Hinc argumentum illi ducunt hujusmodi; Scævola ait, ipsum *emptorem* C. Sejo non esse obnoxium, h.e. personam emptoris, non negat, fundum obligatum non esse; sic illi. Verum hæc est captio. Quæstio fuit, an promissio frumenti annui de prædio, pariat actionem contra tertium; & respondet Scævola, non dari, tertium non teneri, non esse obnoxium. Ad responsionem Sandii modo relatam Thomasius ita.

SCHOLIUM.

Sandii responsio, ex Scævola captatorem verborum facit. Quæsitum enim erat, an emptor fun-

(k) *Pos.* 11.

(a) Discrem cum Clariss. D. Noodt cap. 2. de Pact. & transact. non quæri in l. 5. C. de loc. & cond. an invecta & illata in fundum conductum sint pignori obligata, sed supponi convenisse de obligandis in fundum conductum inductis, & quæri, quis sit hujus conventionis sensus, utrum etiam pignori teneantur ea, quæ a colonis sine dominorum voluntate sunt inducta, v. g. temporis causa, an ea tantum, quæ, ut perpetuo ibi sint, a colonis dominorum voluntate sunt inducta? Quod Imperatori merito placuit, qui simul ostendit in quo differat pignus expressum de obligandis invectis in prædium rusticum, a pignore tacito quo tenentur invecta & illata in prædium urbanum.

fundi ad præstationem frumenti sit obnoxius? *Quod verbum tam ad actionem personalem, quam ad hypothecariam quadrat. Illusisset ergo Scævola quærenti, si de sola actione personali verbo ambiguo respondere voluisset.*

Propius ad probationem juris accedit *argum. l. 15. D. Qui pot. in pign.* ubi domino soli jus pignoris in superficiem, pro solario quod ei debetur, concedi legimus: nisi hoc ad dominii causam referre placeat, quemadmodum soli dominum superficiei quoque dominum esse, constat ex §. 29. & 30. *I. de R. D.*

12. (l) Quartum a plerisque taciti pignoris exemplum speciale, ponitur in *Arresto*, quod æque moribus quarundam gentium, nequaquam juri civili, accepto ferendum. Sic autem multis in locis servatur, ut ubi Arrestum judicialiter fuerit confirmatum, ab eo tempore jus pignoris, & consequenter prælationis in ea re, quæ petitur, constitutum censeatur, qua de re Peckius agit in *Cap. 40. de jure sistend.* In Frisia jus civile, quod hanc arresti virtutem ignorat, sequimur; nec jus pignoris aut prælationis ei unquam adscribitur; nisi quod judicii militaris Prætor & Adsessores; diversum judicandi institutum moribus supra dictis conveniens, sequuntur & hactenus observarunt. Mornacius ad *l. 1. de Pignor.* de Galliis laudat Edictum Regium; quo ex sententia tam civili quam criminali datur hypotheca, sine mentione Arresti, quod ut nimis procul a Jure civili recedat, ab illo tamen eximie probatur. Nescio an aliis idem videretur. In Arresto hæc ratio concurrit, quod illud universali fere gentium instituto rem adficit, inque rem actionem producat, quod prope satis ad hypothecam accedit.

13. Sed est alia pignoris taciti particularis species in Frisia, per consuetudinem, quæ vim legis habet, recepta. Coloni, qui habent superficies, id est domos prædiis a se conductis impositas, cum horreis, stabulis, hortis, molis, aliisque structuris, quando finita conductione recedunt a prædiis, domini tenentur ad taxationem ædificiorum, ipsis tanquam bonæ fidei possessoribus præstandam; pro qua pecunia censentur habere tacitam in agris, qui domibus istis gravati dicuntur, hypothecam, & hæc consuetudo sæpe rebus judicatis est approbata, quemadmodum *ad tit. Locati Conducti loco peculiari* copiose probavimus. Addemus judicatum recens, unde constet, eum, qui superficiem habet, non tantum habere jus in domum materiamque, sed in fundos, inquam, quorum colendorum gratia domus ædificata fuit. Dominus agrorum foro cesserat, & creditores de ordine hypothecarum disputabant. Colonus impetraverat taxationem ædificii, sed pecuniam non acceperat. Tempore ædificationis præcedebat reliquos creditores, ideoque se per tacitam hypothecam omnibus anteferri postulabat, ut e pretio agrorum, summa taxationis solveretur. Commissarius Curiæ prætulerat eum non pro pecuniis ipsis, de taxatione ædium competentibus, sed in ipsam domum; quasi jure quidem dominii domum istam sibi vindicare posset, creditoribus exclusis, secundum jus, quod dominos rerum ponit extra sphæram creditorum: quod autem ad reliquos nummos e taxatione debitos attineret, aliis creditoribus erat postpositus: unde hi sic argumentabantur, posse illum de domo agris imposita statuere quod vellet, pecuniam pro illa peti non posse, nisi reliquis creditoribus dimissis: hoc erat nihil. Sed a Curia creditoribus hypothecariis tempore posterioribus, quam erat jus superficiei ipsius, prælatus est colonus, cum omni pecunia, quæ ipsi ex ædium taxatione debebatur; In causa *Joukien Ulbes*, contra *Wybe Piers*, *ante ferias Paschales* 1680. Explicitæ sunt species hypothecæ legalis.

(l) *Pos.* 12. & 13.

TIT. III.

Quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt.

I. Quo sensu res aliena pignori dari nequeat, cum vendi possit. II. Quibus casibus alienæ rei pignus convalescat, ubi pugna l. 41. de Pign. act. & l. 22. h. t. *III. Casus alii, quibus directe pignus non valet, utiliter tamen sustinetur. IV. De rebus oppignorari & alienari prohibitis, & primo de causis prohibitionis. V. De Domanio, differentiisque in hac parte Monarchiæ & Aristocratiæ. VI. De rebus Ecclesiasticis. VII. De bonis civitatium duplicibus? VIII. An & quomodo bona civitatium patrimonialia, vendi vel oppignorari possint.* IX. *De bonis fructuariis & pastoralibus. X. An a Principe prohibitio alienandi tolli possit. XI. Causæ, propter quas judex res prohibitas pignori dari aut alienari permittere potest, ubi de alimentis.*

(a) Regula juris est tralatitia; quoties, an aliquid facere quis possit, quæritur, dicere solemus, *posse qui non prohibentur*, ut ex doctrina contrariorum sæpe res evidentius explicantur. Idem est hujus Rubricæ institutum; etenim scire cupientibus, quæ res pignori vel hypothecæ obligari possint, suppeditantur in *hoc titulo* res, quæ obligari non possunt. At nec positiva deest regula, quæ res hypothecæ capaces suppeditat, petenda ex *l. 9. §. 1. de Pignor.* Quod *emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*: quæ tamen primo auditu patitur hanc *objectionem*, quod res aliena sine ulla dubitatione vendi possit, *l. 28. de cont. empt.* sed rem alienam pignori dari non posse, non minus indubitatum est. *l. 9. in pr. l. 16. §. 1. & l. 20. in pr. de pign. act.* In eventu tamen non videtur tantum interesse, quantum ex his regulis oppositis colligi posse videatur: nam sicut is, qui rem alienam ignoranti vendidit, tenetur in id quod interest, sic etiam qui rem alienam pignori dedit, ignorans etiam, in id quod interest conveniri potest. *d. l. 9. & l. 16. §. 1. de Pignorat. act. l. 3. C. si res al.* Quid igitur est, quod hic discrimen traditur? Equidem non tam in eventu, quam in principio naturaque fundamentali contractuum quærenda differentia est. Quando res aliena venditur, contractus est perfectus ante traditionem, quam non ad perfectionem, sed ad implementum ejus pertinere, constat ex §. *cum autem.* 3. *Inst. de Empt. vend.* nec ad ejus perfectionem requiritur translatio domini, vel juris alicujus in *re*, sed actio personalis; quæ, si venditor non sit dominus, effectum hujus contractus absolvit. *l. 11. in pr. & §. 2. de action. empt.* Verum quicunque pignus dicit, ipsum jus in re dicit, traditione præsenti constitutum, nec sine illa pignus intelligitur. Atqui personalis actio circa rem alienam facile nasci potest. Jus in re cum actor ipse jus in re nullum habeat, haud quaquam constitui potest. Ita hæc res explicandi videtur; quibus adde sis Petr. Fabr. 2. *Jemest. c. 17.*

2. (b) Quia tamen ex conventione, vi legis adjuta, nascitur jus hypothecæ, nihil vetat, rem alienam sub conditione, quam omnis conventio recipit, pignorari, *si quando nostra fiat, arg. l. 16. §. 1. D. de pign.* & directe ex *l. 3. §. 1. D. Qui potior. in pign.* ubi paterfamilias rem sibi debitam, ac ita alienam, in casum, quo sua sit futura, recte pignori obligare dicitur. Atque adeo sic in universum colligimus, quicunque rem alienam pignori dedit, si postea dominium sit nactus, quasi ex nova voluntate pignus constituere videtur, idque ita convalescit. *l. 41. D. de Pign. action.* Merito enim ex facto suo debitor pati debet, ut pignus convalescat, nec habet contradictionis speciem. Sed pone, meum cognatum dedisse rem meam pignori, meque deinceps ei mortuo factum fuisse hæredem, an pignus etiam convalescit? Directe quidem non potest, quia sine meo facto meaque voluntate res pignori data est ab eo, qui jus illud non habebat: sed quia tamen ego hæres, ad factum defuncti præstandum teneor, hinc utilis hypothecaria creditori in rem meam, inscio me pridem oppignoratam, dari, Modestinus adfirmat in *l. 22. D.*

(a) *Pos. 1. & 2.* (b) *Pos. 3. 4. & 5.*

D. de Pign. Nota est discrepantia Pauli in *l.* 41. *de Pignor. action.* & difficilis conciliatio: nec in talibus prolixi esse amamus: sive enim dissentiat Paulus, ut valde vult D. Wissenbach. ad *tit. de Pign. ult. th.* sive liceat dicere, quod in *l.* 22. fuerit simplex ignorantia Domini, & quod in *l.* 41. datum sit invito Domino pignus ab initio, idque ferant verba *sine mea voluntate*, non est dubium, quin sententia Modestini ob æquitatem in foro prævalitura sit. (1) Plane, si creditor rem alienam fuisse ignoraverit, habet utilem hypothecariam; scienti alienam fuisse, cum pignori daretur, actio *difficilius* dabitur, *l.* 1. *h. t.* tenerius, pro *non* dabitur, arg. *l.* 16. §. 1. *in fin. de Pign. act. l.* 8. *in fin. de Collat.* Wissenb. *ad h. t. th.* 2. Sed exceptio atque retentio facilius conceditur, id est sine dubio, quamdiu verus dominus eam non repetit: aut, si debitor postea dominium sit nactus, adversus ipsum quoque proderit exceptio, licet actio adversus eundem non daretur, quoniam ubi est utriusque conscientia, rei alienæ vitio infecta, potior est conditio possidentis. *d. l.* 1. *in princ. de Pign. l.* 16. §. 1. *in fin. de Pignor. act.* Denique, rem alienam voluntate domini recte ab initio oppignorari, & per ratihabitionem convalescere, non est dubium. *l.* 20. *eod. tit.* Quin & scientia domini juncta silentio in fraudem creditoris, firmatur. *l.* 2. *C. Si al. res pign.*

3. (c) Sunt & aliæ species, in quibus utilis exceptio datur ei, qui stricto jure pignus adquisivisse non videtur, qualis est, qui pignus a procuratore sine mandato domini, in cujus tamen rem versa fuit pecunia, nactus est. *l.* 1. *C. Si res alien. pign.* Exemplum aliud est in creditore, qui pignori a debitore accepit rem ipsam ab alio pignori datam; nam secundus creditor, cui res a domino non est oppignorata, sed a primo creditore, habet utilem actionem, & exceptionem, quamdiu jus primi creditoris durat: namque ubi primus originalis debitor idemque dominus pignoris, solvit quod debet, jus secundi creditoris evanescit, ac ita res redit ad dominum. *l.* 13. §. 2. *de Pign. l.* 2. *C. si pign. pign. datum.*

DE REBUS NON OPPIGNORANDIS, NEC ALIENANDIS.

4. Hactenus de re aliena pignori data; sed Rubrica latiorem postulat expositionem rerum, quæ prohibentur obligari. Est autem hæc prohibitio vel absoluta, vel certo modo limitata; sed hujus rei exegesis nos ad rem altioris indaginis adducit, per regulam juris, quæ dictat: *sub alienatione prohibita comprehendi pignoris dationem*, *l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* & quia non habemus locum proprium in *Pandect.* agendi de prohibita alienatione, quam ad *tit. Instit. Quib. alien. lic. vel non.* delibavimus; hoc loco supplementa ejus collocare visum fuit, talia, quæ alibi minus commode tractari posse videbantur.

(d) Quod alienatio sit omnis actus, per quem dominium transfertur, constat ex *l.* 1. *C. de fund. dotal.* Sed cum de alienatione prohibita loquimur, ita est, ut diximus, contineri sub ea quoque oppignorationem, servitutis impositionem, divisionem, transactionem, compromissum, permutationem, dationem in solutum, & si qua præterea sit species dominii tollendi, vel notabiliter imminuendi. ex *l. ult. C. de rebus alien. non alienand. l.* 1. *&* *l.* 3. §. *penult. l.* 5. §. 8. *l.* 7. *in pr. D. de rebus eorum qui sub tut. & cur.* Ex definitione alienationis educitur hæc regula; *Dominus rem alienare potest*, nisi quatenus ipsi prohibitum est, ut vidimus ad *d. tit. Inst. quibus alienare licet*. Inde repetendum & hoc est; causam prohibitionis esse vel immediatam ex lege, vel interveniente facto, & quidem triplici, magistratus, testatoris, aut conventionis. Prohibitio, quæ fit ipso jure, habet rationem personalem aut realem. Rationes personales spectant vel ad personam quæ prohibetur, vel ad alium. Respectu personæ prohibitæ sciendum, res suas alienare vel oppignorare non posse, quibus nullum est animi judicium, ut infantes septennio minores, item furiosos & mente penitus captos, per *l.* 5. *&* *l.* 40. *D. de R. J.* Huc etiam pertinent, qui judicio necdum firmato utuntur, ut infantia majores sed minores annis 25. juxta prodigos, mutos, surdos & perpetuo morbo laborantes; denique mulieres nuptæ & omnes, qui in potestate curaque aliorum agunt §. 2. *Inst. Quibus alien. lic.* §. 4. *Inst. de Curat. l.* 65. §. 3 *D. ad SCtum Trebellian.* Quid juris sit in alienatione facienda per tutores & curatores, locus nobis occurret proprius in *tit. de rebus eorum qui sub tut. vel cura sunt*. Sed inter personas prohibitas sunt etiam conjuges, qui sicut invicem donare prohibentur, ita pignori quoque res suas do-nan-

(c) *Pos.* 6. *&* 7. (d) *Pos.* 12.

(1) *Consule Gerard. Noodt* in lib. de forma emend. doli mali *Cap.* 11. & in Comment. ad tit. ff. de pignor. & hyp.

nandi animo pro se mutuo obligare non possunt, ut similiter ad *tit. D. de donat. int. vir. & ux.* videbimus. Filiusfamilias etiam nec alienare, nec oppignorare suas res, exceptis castrensibus & quasi castrensibus, potest, de quibus in *d. tit. Inst. Quib. alien.* fuit actum.

5. (e) Prohibitio respectu rerum, multa complectitur. * Primo enim hujus generis sunt omnes res commercio exemptæ, quales sunt publicæ & fisci res, inter quas *Domania* quæ dicuntur, bona ecclesiastica, atque templorum, quæ omnia tam pignorationis quam alienationis incapacia sunt, *l. 3. & l. 6. C. h.t.* nec homines liberi ex earunt rerum numero sunt eximendi, per *l. 1. C. de Patr. qui filios distrax.* quanquam respectu liberorum hominum, qui ab hostibus redempti sunt, pignoris aliquid instar receptum videtur; potest enim, donec pretium restituat qui redemptus est, detineri. *l. 15. de Captiv. & postlim.* Domania quæ sunt bona principi ad sustentationem exhibitionemque dignitatis destinata, vocantur res dominicæ, in *tit. C. Ne rei domin.* &c. videnturque diversæ a rebus, quas antiqui Scriptores Romani vocant *res Cæsaris*. Nam hæ fuere bona principum hæreditaria, quæ ante Principatum habuerant, & quorum alienatio, quamdiu cum domaniis juncta non fuerint, non minus est libera, quam cuilibet suæ rei patrimonialis; sed *Domania*, sicut deinceps habita sunt hodieque habentur, nec alienari, nec oppignorari possunt, quia principes tantum habent eorum usumfructum, proprietate penes Rempublicam in usum posteritatis remanente, quo nihil omni Europa notius & certius est. Etiam in Regno Galliæ, quod omnium in humaniore parte terrarum orbis παμβασιλικώτατον habetur; adeo ut superiore seculo Franciscus rex I. pacis cum Carolo V. initæ ruptam fidem, hac unica ratione defenderit. Non posse igitur domania vendi vel alienari, sine consensu populorum, certissima doctrina est. Sand. *lib. 3. tit. 3. def. 1.* Quid in Aristocratia Juris sit hac parte, & an Optimates bona Reipublicæ per se alienare possint, non memini ab ullo scriptore tractatum. Ex ratione juris, in thesi negandum videtur; quia Optimates non habent plus juris, quam Regibus simpliciter constitutis datum intelligitur; sed hoc interest, quod in Regno domania distinguuntur a bonis Reipublicæ; quod in Aristocraticis non habet locum; etsi forte Domaniorum appellatio illic etiam seorsim usurpetur, ut apud nos ex Regiæ potestatis reliquiis obtinuit; non sunt optimates fructuarii talium bonorum, sed jure proprietatis simpliciter ad rempublicam pertinent. Quando igitur optimatibus jus arbitriumque omnium rerum a populo datum est, aut a tempore immemoriali competit, non videtur hæsitandum, quin iisdem dispositio de bonis pecuniisque publicis delata sit, aut competat. Nec enim dubitari potest, quin Senatus Venetus, Ordines, Hollandiæ Frisiæque, bona Reipublicæ alienandi potestatem habeant, si res ita ferat, ut hoc jure utendum putent. Olim id poterant Principes, cum Ordinum scilicet consensu. Principibus amotis eorumque jure in Ordines relapso, hos solos id posse, consentaneum est.

6. Juxta dominicas sunt res Ecclesiasticæ, quas minime alienare, proinde nec oppignorare licet, nisi ex causa necessitatis, aut evidentis utilitatis. Ad necessitatem pertinet redemptio captivorum, solutio æris alieni, & sustentatio pauperum extremæ tempore famis. *l. Sancimus. 22. C. de Sacro-sanct. Eccl. Nov. 120. c. 6.* Utilitatis ratio permittit eas res alienari, si nullus fere, ut nunc est, reditus e bonis proveniat, *Nov. 119. c. pen. & Nov. 120. c. 1.* qua in re hæc bona discrepant a rebus pupillorum & minorum, quas utilitatis causa nullo modo alienari posse, dictum est alias, & videbimus *in loco*. Modus, quo jure civili harum rerum alienatio fieri debet, exponitur in Authenticis *d. l. 22. & l. 14. C. eod.* subjectis, a quo non abhorrent mores gentium, habita ratione cujusque Reipubl. Mos juris Frisici circa res Ecclesiasticas templorumque alienandas, præscriptus est in *l. 1. Stat. tit. 17.* & relatus a nobis in *part. 1. Jurispr. hodiernæ lib. 2. c. 55.*

7. Bona civitatum, aliarumque universitatum, sunt duorum generum: vel enim ad jus regalium pertinent, & pendent a dispositione summæ potestatis in quaque republica, vel sunt patrimonialia. Res prioris generis sunt portus, flumina, viæ publicæ, muri quoque & portæ civitatum, ut videtur, quia jus muniendi ad *armandiam* & ad regalia

(e) *Pos. 9. 10. & 11.*

* Pertinent huc & feuda, quæ sine domini directi consensu, regulariter nec alienari, nec hypothecæ subjici possunt. *II. feud.* 15. ubi Jure Saxonico Electorali, ne quidem hypotheca domino consentiente legitime impetrata, sine novo consensu, in alium transferri potest. *Ord. Proc. Sax.* tit. 46. §. *So lessen.* ibique Martin. n. 5. Carpz. L. 5. *Resp.* 46. Hetg. P. 2. qu. 3. n. 11. *seqq.*

pertinet; ideoque a nemine possunt alienari vel oppignorari, jure notissimo. §. 4. *Inst. de Legat. l.* 39. §. 8. *& seqq. de Legat.* 1. & per *l.* 137. §. 6. *de V. O.* Ideoque sub hypotheca bonorum civitatis non continentur; nec proinde si qua civitas a creditoribus suis ad necessitatem cedendi bonis redigatur, non esse quod muris & portis cedat, respondimus aliquando civitatis cujusdam rectoribus ea de re consultantibus, etsi alia quædam civitas idem actura, portas & mœnia bonis quoque cedendis, ex consilio juris-peritorum minos perito adnumerasset. Jam diximus *in Parte I. pag.* 89. portas & muros esse Reipubl. quemadmodum & portus; non singulorum municipiorum, etsi forte sumptibus illorum sustententur; quanquam id in Frisia secus est: hoc enim imperio & nomine Reipubl. cui subjecta sunt municipia, facere intelliguntur. vide *lib.* 4. *Feud tit.* 56. *Quæ sunt Regalia*, & ibi *Interpp.* Sed bona patrimonialia civitatum sunt domus, agri omnesque reditus stabiles, qui alienationem recipiunt, si consentiant omnes, vel major pars curialium & possessorum civitatis, ad quam res pertinent. *l. ult. C. de vend. reb. civitat.*

8. Sed ut hodie res sunt nostræ, Sandius requirit tres omnino conditiones ad ejusmodi rerum alienationem; primo decretum eorum, quibus in quaque universitate jus est de bonis disponendi, quales in agris sunt proprietarii suffraganei, quos heic vocamus, & in oppidis magistratus ac decuriones. II. ut decretum illud Supremæ Curiæ actis insinuetur, & III. ut venditio publice per auctionem celebretur. *Tract. de prohibita rerum alienatione Part.* 1. *c.* 8. Cum autem sub alienatione prohibita comprehendatur oppignoratio, in hac etiam requiri videntur duo saltem priora requisita. Nam auctioni publicæ non esse locum in hypothecis, res ipsa loquitur; quanquam & secundum, de insinuatione in acta Curiæ, non sit usu receptum, non utique certe in hypothecis.

Sed an in contradictorio validæ forent hypothecæ, sine requisitis illis contractæ, quæ situm & dubitatum est. Pro affirmativa facit, quod nec in jure civili, nec in Statutis Frisiæ, talis insinuatio in acta Curiæ requiratur, & quod jam pridem civitatis eodem modo æs alienum contraxerint suaque bona pignori obligaverint, quo privati id instituunt. Pro negativa, quod cum in omnibus universitatum bonis alienandis decretum Curiæ requiratur, & sub alienatione semper hypotheca contineatur, hic casus aliter accipi non posse videatur. Cui accedit, quod facilitas obligandi bona civitatum aliarumque universitatum adeo dissoluta sit, ut merito aliquod frænum requirat. Judicium Curiæ Supremæ hac de re nullum adhuc exstat. Sed creditores civitatis non ignobilis in Frisia, cum apud Forum agerem, hanc quæstionem ventilaverunt, in casu concursus & prælationis creditorum illius civitatis. Et quidem a Commissario Curiæ probatæ sunt hypothecæ ex decreto magistratus & decurionum, sine consensu Curiæ vel insinuatione in acta publica, contractæ; postpositi creditores appellaverant, sed errore negligentiaque fatalibus appellandi commissis, ad Judicium Curiæ res non pervenit. Forte nihil erres, si nec jure civili, nec Statutis Frisiæ, plus ad oppignorationem rerum civitatis requiri statuas, quam decretum magistratum cum Senatu, & qui in aliis universitatibus simile jus habent. Nam citata *lex ultima* nihil amplius requirit, præter urbem Regiam, quæ Imperatoris eget consensu. Statuta Frisiæ præscribunt modum alienandi res templorum, ecclesiasticas, domuum miserabilium; at civitatum, præturarum, pagorumve non meminerunt. Hæc ita in municipiis membrisque majoris Imperii subjectis; nam civitates liberæ, quæ superiorem non agnoscunt, nullis legibus, quominus suo arbitratu publicas res alienent, ab alio circumscribi possunt, ut Sand. *d. c.* 8. *num.* 12. *& seqq.*

9. Ad prohibitionem respectu reali, pertinent res dotales, de quibus dicta *ad tit. Inst. quib. alien. licet.* non repetimus. Nec est necesse monere, bona fructuaria non posse pignori obligari, quod diutius quam ususfructus duret, ut apud nos quoque locum habet in ea parte bonorum ecclesiasticorum, quorum pastores habent usumfructum; qui propterea nec domos prædiis pastoralibus impositas vendere, agrosque subjectos eo modo pignoris jure gravatos ad successores transmittere possunt, quod tamen superioribus annis in hac provincia crebro factum, gravibus incommodis occasionem præbuit, quibus Ordines Frisiæ remedium posuerunt lege lata *die* 21. *Febr.* 1685. de qua egimus in *d. cap.* 55. *Jurisp. hodiernæ* 25. *& seqq.* Denique, litigiosa bona quod alienari nequeunt, ad alium quoque *titulum* pertinet, *infra* de Litigiosis.

10.

10. Sequebantur prohibitiones ab hominibus factæ, tam a Magistratibus, respectu prodigorum, quam testamento: sed de prodigis agendi locus erit ad *tit. de Cur. fur.* De prohibitione testamentaria agetur, ubi ad locum de *fideicommissis* pervenerimus. Ad hoc caput pertinet quæstio; an Princeps sive summa potestas Reipublicæ, prohibitionem alienationis vel oppignorationis tollere possit. Communis sententia vult, id non licere, quod attinet ad testamentariam prohibitionem, licet aliter sentiant de alienatione, quæ per legem fit, aut a Magistratu, referente Sand. *dict. tract. in Coronide*. Sed verius est, inter jura summæ potestatis recte referri jus liberandi onere fideicommissi bona, quæ sine gravi incommodo sub hoc onere possideri nequeunt: ut in nobilissimis familiis & magnificis prædiis sæpe fieri videmus, quando ad plures possessores, cum ipsa individua sint, vel difficulter divisionem recipiant, devolvuntur. Atque ita videmus indistincte jus hoc a Principibus liberisque Rebuspublicis exerceri: quanquam nostri Ordines Frisiæ laudabili moderatione adhuc quod intellexerim, juris privati dispensationes suarum partium non fecerint. Et Curia Suprema constanti & religiosa observatione jus secundum leges dicere, quam utilitatis prætextu, singularibus indulgentiis earum vim resolvere mavult. Meminimus, cum ejusmodi libellus ante aliquot annos Curiæ oblatus esset, in quo justissimæ causæ remittendi aliquid de rigore fideicommissi memorabantur, Commissarium libellorum supplicum rescripsisse, *Curiam permittere alienationem*: diu postea cum illud Rescriptum in Senatu proferretur, ejus rationem non fuisse habitam: etsi Curia nostra alioqui in parvis Majestatis juribus, quæ ad judicialia pertinent, ab antiquo Principem repræsentet. Antehac in Hollandia jus liberandi bona fideicommissaria hoc onere a Suprema Curia exercebatur; sed dein factum audivimus, ut Ordines eam potestatem sibi vindicaverint, quemadmodum a Juris Publici Scriptoribus ad minora jura Majestatis unanimiter refertur; utpote ministerium legum, quale est judicum, excedens & supra leges evidenter adscendens. *Edict. Ord. Holl. d. 23. Jul. 1670.*

11. In nostra Curia non nisi juridicæ admittuntur causæ, quales sunt æs alienum auctoris fideicommissi, *per §. ult. Inst. de Leg. Falc. l. 16. C. eod.* Impensæ in res alias ab eodem alienari prohibitas necessario faciendæ, *arg. l. 22. §. 3. ad Sc. Treb. l. 53. de Hæred. petit.* dotes & alimenta liberorum. *Auth. Res quæ. C. Comm. de Legat. & fideic.* De studiis idem Menoch. *l. 4 præs. 191, n. 12.* quod idem admitti posse, si filius a Patre vivo studiis sit adhibitus. Quod extensum est a Curia ad ejusmodi propinquos, qui a Testatore fideicommissi auctore fuissent alendi, quamvis ex linea collaterali, ut Nauta refert esse rescriptum, ad libellum hæredis cujusdam gravati, qui ut bona fideicommissaria pignori dare liceret, pro duobus florenorum millibus in usum alimentorum ejus mutuo quærendis petierat *d. 26. Aprilis 1636*. Cæteroquin, etsi bona corruerunt, non permittitur alienatio, sicut, me referente, rescriptum est matronæ, quæ domum & agrum fideicommisso gravatos possidebat: Domus annosa non poterat stare diutius, neque locari, impensis reparationum excedentibus vires supplicantis: erat emptor, vicinus, non spernendo pretio, quod fœnori collocandum offerebatur; nihil tamen impetrare potuit, impetratura facilius, si petiisset, ut de agro tantum sibi vendere liceret, quantum ad reparationem domus fuisset necessarium. *mense Febr. 1682.* Hæc etiam referri possunt ad fideicommissi doctrinam, cujus est locus inferior.

TIT. IV.

TIT. IV.

Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, & De his qui in priorum Creditorum locum succedunt.

I. Creditoribus præferendos dominos. II. Etiam venditores, fide non habita, & qui jus in re habent. III. Non tamen pro pensionibus præteritis. IV. Hypothecarios præferri personalibus, exceptis funerum & judicialibus auctionumque impensis. V. Salaria Advocatorum an habenda pro judicialibus, distinguo. *VI. Secus ac in sportulis &c. VII. Ex Hypothecariis Privilegiatis primum jus Fisci in causa primipilari, & cum tempore prior est. VIII. Haud æque in Tributis, quæ male confundi cum causa primipilari. IX. Quatenus idem jus Quæstoribus & Collectoribus competat. X. De Privilegio Creditoris in militiam. XI. Privilegium mulieris in dote. XII. Quartum locum variis dari, inprimis qui ad rem emendam crediderunt. XIII. De probationis in hoc articulo exactitudine. XIV. Non dari hoc privilegium, nisi hypothecæ conventionali. XV. An & quando, procuratores & Advocati in rebus judicatis suo patrocinio obtentis, ad hunc ordinem spectent. XVI. Fiscum & pupillos, non nisi certis casibus esse privilegiatos, ubi de pugna* l.ult. h. t. *cum* l.28. de jur. Fisc. *XVII. An domini directi ratione pensionum præteritarum huc pertineant.*

(a) QUemadmodum finis pignorationum est solutio debiti, ita si, quod omni die accidit, multis nominubus obligato debitori vivo vel mortuo funus fiat, * oritur sæpe *μέγας ἀγὼν ἐπιτάφιος*, *magnum funebre certamen*; ejusmodi tamen, et ex jure manu consertum, non ferro, sed dictis singuli pecunias suas repetant: qua in re multa opus est prudentia, ut fiant ex Arte, sine Marte, *dispartiti viri*, *dispartiti ordines*. Negotium totum certis regulis gubernatur, quarum prima omnium, præmunimenti loco magis servit, quam in acie ipsa consistit. Certamen est inter creditores, quibus actio personalis in debitorem pignore firmata competit, nostratibus *Inschuldt*. Nec ideo proprietarii, quibus aliquod jus in re constitutum est, sive dominium, sive usufructus, vel superficies, aut emphyteusis, vel annuus ex fundo reditus, aut aliud simile genus *van beheeringe*, (liceat ita loqui) competit, ad hunc conflictum vocantur, verum hi suas res suaque jura sine con-

(a) *Pos.* 1.

* De concursu † & classibus Creditorum, P. r. C. *El* 11. & inprimis *Ordin. Proc. Saxon. Tit.* 41. *sqq.* possunt videri. Constituit autem dictus titulus 41. §. *Es sind aber insgemein.* quinque creditorum classes, †† primam eorum, qui prærogativam habent præ omnibus, alteram hypothecariorum cum privilegio prælationis, tertiam hypothecariorum simplicium, quartam personaliter privilegiatorum, ac denique quintam Chirographariorum. Jure Communi alii totidem, alii plures, alii etiam pauciores classes constituunt. Ziegler. *ad d. Tit.* 41. verb. *funf unterschiedene* Class.

† Orto concursu statim omnium facultatum, quo demque nomine veniant, Judiciali obsignatione prævia, inventarium, recisis omnibus sumptibus minus necessariis, est conficiendum, curator bonorum a judice bona fide & ex officio constituendus, juramento obstringendus, debitor autem ab omni administratione penitus excludendus. Uti ille curator commoda concursus omni modo promovere, &, quidquid est nominum, exigere tenetur, ita, quam primum fieri poterit, ad auctionem mobilium & subhastationem immobilium est procedendum bonaque pluris licitanti sunt adjudicanda, neglecta omni protestatione, & appellatione, de qua postea ad Judicem superiorem ex officio erit referendum. Qui vero jus retentionis pignoris vel aliud quodcunque, sibi in bonis competere ajunt, sciant, ex rerum pretiis simpliciter sibi legitimo ordine esse satisfaciendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 41. §. 4. Creditores omnes noti ignotique, sub præclusi pœna edictaliter citandi, indultis spatiis Saxonicis duobus, vel, si feuda nobilia, aut uterque concursum patiantur, tribus, qui intra ista spatia non comparent, absque sententia comminatoria pro præclusis habendi, exceptis iis, quibus beneficium restitutionis in integrum competit, qui designationis sententia nondum in rem judicatam versa, adhuc admittendi audiendique sunt. *d. Tit.* §. 2. *& sequentibus*, ex quibus omnem in concursu procedendi modum colligere est, hic, quoad omnia & singula momenta, minime repetendum.

†† Quæ jure novissimo judiciario ad tres redactæ sunt, ut ex iis patebit, quæ producentur ex *O. P. S. E. I. & E.*

controversia, * si modo probentur illis competere, præcipiunt, iisque manum injiciunt, *l.* 24. §. 2. *in fin. de Reb. auct. jud. poss. l.* 1. *C. de Privil. Fisc.*

2. Dominorum numero habendus etiam venditor, qui fidem de pretio non habuit, § 4. *l.* 4. *de R. D.* ubi diximus *in Parte I. Prælect. pag.* 121. *in fin. & seq.* Rursus *ad tit. ff. de contrah. empt. pag.* 488. *& seq. Part. II.* Quibus adde sis Gail. *l.* 2. *obs.* 15. Qui fidem, inquam, de pretio (quod in dubio non præsumi, *dd. locis* probavimus) non habuit, rem vindicare potest, neque cum creditoribus disceptare cogitur. Addit Thomasius ad *posit. nostram.* 1. *h. t.* idem jus habere *eum, qui fidem quidem habuit, sed ad habendam fidem dolo inductus est*; quod potest admitti, si dolus valde singularis atque ad eam rem applicitus fuerit quemadmodum Gail. *d. loc. Si cum tempore venditionis jam erat non solvendo emptor, jam antea cessionem vel fugam præcogitaverit, tali casu fides habita, cum dolus ei rei causam dederit, pro non habita, nec res tradita, sed fraudulenter ablata censetur. arg. l.* 3. *de Pign. act.* Quod si alias tralatitio dolo mendacioque fidem emptor sibi fecerit apud venditorem, non dixerim, ubicunque dolus aliquis argui potest in emptoris persona, dominium rei venditæ esse reservatum; maxime, si non modo in concursu creditorum, sed etiam contra tertium rei vindicatio sit exercenda, quemadmodum res fide non habita venditas, ubique locorum in nundinis & aliis mercatibus vindicari posse, docet Gailius, ac ita in causa quadam se meminisse in Camera judicari, testatur *d. cap.* 15. *in fin.* Idem juris erit in pacto reservati dominii, secundum ea, quæ *ad tit. de Contrah. empt. in fine* demonstrata sunt, quemadmodum de rebus commodatis, depositis & pignoratis indubitatum est.

3. Juxta dominium proprie dictum, idem de reliquis juribus in re constitutis statuendum. Quando creditores bona debitoris sui excutiunt, qui habent emphiteusin, superficiem, usumfr. annuumve reditum, de illis juribus nihil periclitantur, ut tamen pensiones quæ pro annis præteritis debentur, quæ non sunt jura in re, sed præstationes, hypothecarii crediti more censeantur, quod etiam nec aliter observatur; modo non contra statuat *lex* 15. *h. t.* quæ superficiem in alieno positam pignori dari posse docet, *ita tamen ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium,* id est merces pro soli usu. l. 2. §. 17. *Ne quid in loco publ.* Non puto, ad annos præteritos hoc esse referendum, sed ad tempus, quo fit concursus, & deinceps; ipsum jus soli manet in superficiem; cujus effectus est solarii exactio, si non solvatur, sicut is, cui reditus ex fundo debetur, salvum habet jus petendi reditus, si non solvantur. De præteritis, quæ solvi debuerunt neque exactæ sunt, pensionibus, non est ratio, ut directus dominus plus juris habeat, quam dominus plenus habet in pensiones sibi ex re sua debitas, qui certe in iis non præfertur.

4. Creditorum divisio summa est in personales & hypothecarios, *προσωπικοὺς καὶ ὑποθηκικούς*, ut Græci. Personales, qui personam dumtaxat habent obligatam, sine pignore vel hypotheca; quales quia chirographis fere subsignant, *Chirographarii* quoque vocantur. Utrique, tam chirographarii, quam hypothecarii, sunt vel tales *respective* tantum, vel privilegiati. In omnium conflictu prima est hæc regula, *Hypothecarii præferuntur personalibus*, *l.* 3. *l.* 9. *& l.* 10. *C. h. t.* cujus rei hæc est ratio, quod hypotheca sit jus in re fixum, rem afficiens totam, quod alio jure subsequente non potest refigi, vel removeri; cum personales creditores nihil quam personam debitoris habeant obligatam jure dandi aliquid vel faciendi, quod nihil vetat eodem tempore pluribus deberi. Sed ut nulla regula suis caret exceptionibus: ita & Personales nonnulli, secus ac regula dictat, hypothecariis præpo-

nun-

* Etiam *Ord. Proc. Sax. tit.* 42. *pr.* concursui non immiscet eos, qui ex dominio res suas sibi vindicant, † e. g. deponentes, si res deposita extet. Carpz. P. 1. C. 28. *def.* 11. locatores, qui vaccas ferreas, concursu in bonis coloni orto, recte præcipiunt. Richt. *de Privil. & Concursu Cred. c.* 2. *membr.* 1. *n.* 28. *seqq.* ubi *n.* 32. subjicit præjudicium. Eodem jure vidua, vel uxores, res suas a ud maritum extantes repetunt. Carpzov. *ad d. C. d.* 18. & liberi bona propria a patre vindicant. Id. *d. l. d.* 14. *add.* Mencken. *Disp. de rebus uxorum extantibus a concursu separandis*, *quæ est Volum. disp.* 16.

† *Jure etiam novissimo res in natura superstites, quarum proprietas penes alios est, ut deposita, res apud debitorem ut commissarium repositæ, & quidquid uxoris est liberorumque, merito separantur & proprietariis restituuntur. O. P. S. E. I. & E. Tit.* 42. *pr.*

nuntur, * quales sunt qui in funus impenderunt, *l.* 14. §.1. *ff. de Relig.* quibus cum usu Fori comparentur sumptus in morbum ultimum facti, ** his idem jus tribui, consentaneum est, dissentiente licet D. Matthæo *disp. de Judic.* 14. *th.* 8. Excipiuntur etiam sumptus judiciales, facti in hæreditatem jacentem, *** *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jure delib.* quibus accenseri possunt sumptus venditionum explicandarum causa facti, *l.* 72. *ad L. Falcid.* maxime ubi publicis auctionibus cum effectu paratæ executionis, ut fere semper apud nos in rebus mobilibus, fiunt venditiones. Hac occasione referam, quod aliquando quæsitum est. Actuarii venditionum publicarum, pro sumptibus stipulari solent ab emptoribus vigesimum octavum pretii nummum, sed pleramque domini venditores hoc lucrum partiuntur cum actuariis; hæres sub beneficio inventarii venditor, id percepit; creditores hoc ab eo repetunt; hæres ait, hoc lucrum est e sumptu venditionis explicandæ causa facto, quod, si actua-

* Hi sunt, quos Ordinatio nostri Processus in prima classe constituit, ac sequenti locat ordine: † I. impensas in concursum facta facisndasve, II. residuum pretii ex re, in qua sibi venditor dominium, vel hypothecam in residui pretii securitatem, in ipsa traditione vel unte eam reservavit. *O. P. d. Tit.* 42. *pr.* §. *in Erwegung* §. *also auch*, ubi reservatio etiam extrajudicialis sufficit, ut *sup. P. III. p.* 3. fuit monitum, nisi quod in bonis feudalibus sine domini directi consensu ea fieri nequeat. *a. II. §.* 55. Carpz. *l.* 4. *Resp.* 21. Id. *P.* 2. *C.* 23. *d.* 18. cum *resp. Fac. Jd. Lips. Mens Jan.* 1705. Diffrat. Berl. *P.* 2. *Concl.* 64. *n.* 19. III. Creditores, qui debita Jure hypothecæ exigunt constituta, antequam debitor fundum adquireret, *d.* 2. §. *gleiche*. Carpz. P. *I. C.* 23. *d.* 22. qui etiam venditori, sibi postea dominium aut hypothecam reservanti, præferentur. Lyncker. *dec.* 144. Carpz. *l.* 4. *Resp.* 23. IV. Famulos, merce dem petentes, *das Liedlohn*, quo privilegio fruuntur personæ domesticæ, quæ pane & victu debitoris fruuntur *die wesentlich bey ihm in seiner Behausung an seinem Brodte, oder an statt dessen in einem gewissen Kostgelde seyn*. d. Tit. 42. §. *nechst diesen soll*. atque ad hanc classem etiam pædagogi, scribæ, cultoresque agrorum pertinent, in convictu dominorum existentes. Carpz. P. 1. *C.* 23. *d.* 16. 19. & 37. si modo non ratione hujus mercedis a debito e usuras acceperint. Carpz. *d. l. def.* 38. V. Sumptus in funus facti, *d. Tit.* §. *Ferner soll*. VI. Tributa, Collectas, aliasque exactiones publicas, *Schoss*, *Steuer*, *und was auf den Gütern zu Bezahlung Kirchen-und Schul-Diener*, *oder anderer milden Sachen*, *zu entrichten*, als Decem, item *jährliche Zinsen von wiederkäuflichen Haupt-Summen*, *und dergleichen* Onera realia: VII. Pecunia hæreditaria, sive pecunia, quam hæres coheredi ex bonis immobilibus hæreditariis titulo familiæ erciscundæ, singulis annis, aliisve solutionis terminis præstat, *das Erbegeld*, d. §. *Ferner*. *verb. und dann das Erbegeld*. quo jure prælationis etiam fruitur emtor pecuniæ hæreditariæ, Carpz. *ad. d. C.* 23. *def.* 62. non tamen adversus tertium possessorem rei immobilis venditæ, Philipp. *ad Dec. El.* 3. *observ.* 4. conf. Mencken. *Disp. de pecunia hæreditaria c.* 2. Ceterum qui ordine hactenus exposito, secundum Jus Saxonicum, in prima classe collocantur, non pro rata suas portiones consequuntur, sed, juxta privilegii prærogativam, alter alteri præfertur. *Res. Gr. d. an* 1655. 13. gr. 5n. *von Consistorial Sachen*, gr. 3. Carpz. *ad d. C.* 23. *def.* 30.

† Novissimo jure primam classem occupant hoc ordine: I. Sumptus concursus, quidquid pro inventario conficiendo & æstimatione faciendu, cum judici, tum curatori bonorum & litis solvendum, quidquid pendente concursu, ad conservandos colendosque fundos, tutam ædium, colligendos fructus, custodienda mobilia impensum, quæ sumtus creditoribus, quibus satisfit, pro rata sunt decerpendi. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 42. §. 1. II. Quidquid pecuniarium tempore incursus hostilis ad tributa solvenda, & quidquid frumenti ad colendos agros in magna annonæ caritate mutuo datum, cum interesse moræ. *d. Tit.* §. 2. III. Impensæ funebres pro facultatum modulo, & judice moderantæ. *d. Tit.* §. 3. IV. Quidquid ob ultimum morbum medico, chirurgo, apothecario, feminæ, quæ ægroti curam habuit, & ei, qui alimenta præstitit, debetur. *d. Tit.* §. 4. V. Residua famulorum merces, *denenjenigen Personen*, *welche wesentlich in des* Debitors *Diensten und an seinem Brodte gewesen*, *oder an dessen statt ein gewisses Kostgeld bekommen*, *jedoch weiter nicht*, *als wegen derer letztern* 3. *Jahre vor des Schuldners Absterben*, *oder vor dem entstandenen* Concurse. *d. Tit.* §. 5. VI. Debita, quæ fundo oneris realis instar ante inhæserunt, quum debitor eum comparavet, secundum temporis, quo illa in fundo constituta, ordinem. *d. Tit.* §. 6. VII. Residuum pretii, cujus nomine venditor dominium vel hypothecam judicialiter sibi reservavit, in feudis consensu Domini impetrato, in allodialibus bonis, facta super hoc cum negotium confirmatur, in libro consensuum judiciali annotatione, pecuniæ itidem hæreditariæ, si reservatio dominii aut hypothecæ simili modo, judicialiter facta. *d. Tit.* §. 7. VIII. Onera: *Schoss*, *Steuer*, *Contribution-Defension*-und *Militz-Gelder*, nec non, *Decem*, *Opffer-Pfennige*, *Wachter-Zins*, *Erb-Zins*, *Hufen-Gelder*, *Wacht-Geld*, *Lehn-Waare*, *und dergleichen*, *nach jedes Orts Gebrauch und Gewohnheit*, absque temporis discrimine & pro rata, eu iis tamen unice bonis, quibus inhærent & ex mobilibus, nec nisi ea, quorum dies intra quinque annos ante motum concursum venit; quibus antiquiora ejusmodi debita; nisi eorum solutio præceptis jam sit injuncta, aut executio jam petita; illi, quibus colligendi cura injuncta, a se solvi deberi sciant. Reditus annui redimibiles, ut jure reali gaudeant, judiciali consensu opus habent, nec prioritatis commodo ulla ratione fruuntur, nec censuum tribus ante motum concursum annis antiquiorum nomine quidquam debetur. His etiam redituum annuorum Dominis, qui judiciali hypotheca nondum gaudent, sexennium ad agendum, aut judicialem hypothecam constituendam est relictum. *d. Tit.* §. 8.

** Idem expresse cautum est *Ord. P. d. t.* 42. §. *ferner*. *verb. was auf des verstorbenen Schuldners Begräbnis und in seiner Krankheit*, *der Artzney halber aufgewendet*. Pertinent ergo ad tandem classem apud nos etiam Medicorum, Chirurgorum & Pharmacopolurum salaria. Carpz. *P.* 1. *C.* 28. *d.* 45. modo verosimiliter probentur. Id. 15. *def.* 46. Immodicæ autem impensæ, cum in præjudicium Creditorum sint, hoc privilegio non gaudent, *a. l.* 37. §. 5. & *l.* 14. §. 6. *ff. de religios.* Id. *def.* 48. sicuti nec sumtus in funus uxoris aut liberorum facti. Id. *def.* 40.

*** Jure nostro omnes expensæ judiciales & in utilitatem concursus factæ; *alle diesem Concurs zum Besten aufgewendete Unkosten*, in prima classe primo loco collocantur, quo & Curatoris salarium, & reliqua ad conservationem massæ necessaria pertinent. Carpz. *dec.* 99. Richt. *de Conc. Cred. s.* 2. *membr.* 10 atque hæ impensæ, si singulis creditoribus satisfieri nequeat, iis, qui suum creditum consequuntur, pro rata detrahuntur, perpetua observantia teste.

si actuarius retineret, creditores petere non possent, quia præfertur illis, & de pretio detrahi solet. *d. l. 72.* Quod igitur is mihi concessit, creditoribus cedere non cogor. Hi contra; jus domini & debitoris, cujus vendita res est, ad nos pertinet. Tu hoc lucrum jure domini cepisti, nec quicquam lucri capere potes ante creditores dimissos. Recte: ac ita judicatum est, illud commodum creditoribus accepto esse ferendum.

5. Non minus sæpe quæsitum est, an salaria procuratorum & advocatorum, * qui circa conflictum creditorum occupati fuerunt, causasque singulorum egerunt, inter sumptus judiciales computanda forent. Diu frequenterque id ita in foro nostro servatum fuisse, constat, sed de jure distinguendum est inter eos qui adhibiti sunt vel testamento insinuando, vel inventario conficiendo, aliisve ad universam hæreditatem spectantibus ministeriis, ut hactenus pro judicialibus habeantur salaria, & quæ in talia expenduntur, *d. §. 9. l. ult. C. de jur. delib.* sed quæ pro singulis creditoribus operæ sunt præstitæ, nullo modo judicialibus in hæreditatem impensis sunt accensendæ, cum nihil quam accessiones singularum rerum creditarum sint; quatenus debitor, cujus bona distrahuntur, ad impensas ac id quod interest tenebatur. Ideo quicunque e creditoribus suum ordine juris consequitur, non modo sortem creditam, sed & advocati sui salaria cum cæteris, quæ ipsius intersunt, adipiscitur: creditorum vero postpositorum advocati, nihilo plus e bonis debitoris, quam ipsi domini, petere possunt, ac ita decreto Curiæ nostræ, publicato *d. 15. Julii* 1638. cautum est, advocatos cum suis salariis non aliter in prælationem, quam ex ordine suorum clientum venturos; quæ res minus observata deinceps, vehementer afflixit creditores de pecuniarum consignatarum distributione laborantes, donec tempus & juri & rationi locum facere cœpit.

6. Sub impensis autem judicialibus, sportulæ similesque Curiarum præstationes haud dubie comprehenduntur, quatenus ipsi Curiæ adhuc debentur, idque non modo respectu eorum, quæ post mortem aut fori cessionem debitoris contracta, verum etiam quæ ab illo vivo aut in medio versante deberi cœperunt, ut *stylo Curiarum* magis quam *legis* suffragio hactenus servatur: quod beneficium non tribuitur aliis, qui pro debitoribus vivis adhuc in Foro agentibus curiales impensas fecerunt; cum his nulla quam negotiorum gestorum actio congruat, quomodo judicatum in *causa nobilis matronæ, adversus creditores Dorotheæ ab Idzaerda*, pro qua maritus actricis prorogaverat revisionis magnæ impensas, per quam *Dorothea* nobili prædio potita fuerat, *ante ferias Pentecost.* 1630.

7. (b) Sic igitur potior habet regula, cum suis exceptionibus. Secunda est hæc regula, inter *creditores hypothecarios* PRIVILEGIATI *præferuntur* ** *non privilegiatis*, juxta

(b) *Pos.* 3.

* Apud nos curatoris quidem litis, qui adversus creditores excipit, salarium in prima classe, ut dictum est, collocatur, creditorum autem advocati & procuratores, a suis quisque principalibus sibi satisfieri curant. Nec Privilegium in *Ordin. Proc. Sax. tit. 42. §. nachst diesen.* mercedi famulorum tributum, ad advocati debitoris salarium pertinet. d. §. *Darum ist der Advocaten Besoldung andere nicht zu rechnen.* Carpz. *l. 4. Resp.* 11. j. Nicol. *Resp.* 12. Ziegler. *ad d. §.* verb. *Der Advocaten Besoldung* p. 244.

** *O. P. S. t. 43.* inter hypothecarios, quibus præter Jus reale, ex personali privilegio beneficium prælationis competit, † refert 1) Uxores ratione dotis, de quo actum fuit superius *P. I. p. 419. & P. III. p. 26.* 2) fiscum, qui in bonis debitoris, post contractum quæsitis, hypothecam cum jure prælationis habet, *d. t. §. desgleichen.* Carpz. *P. 1. C. 28. d. 101.* Id. *l. 4. Resp. 11.* 3) eos, qui ad extruendum reficiendumve ædificium crediderunt. *d. t. §. Wann auch einer.* modo expresse hunc in finem pecunia data fuerit, ac refectionem fuisse necessariam, possit doceri. 4) illos qui ad emendum prædium ædificiumque pecunias mutuo dederunt, eo de hypotheca sibi prospexerunt. *d. tit. §. Also wann.* quod de judiciali accipit Martin. *ad d. §. n. 8.* extrajudicialem vero sufficere, præjudicio confirmat Rivin *ad d. Tit. n. 42.* Collocantur autem hujusmodi hypothecarii privilegiati apud nos secundum prioritatem temporis. *d. tit. §. Wann sie.* Carpz. *P. 2. C. 28. d. 63.* quod si de prioritate non constet, aut eodem tempore constitutæ sint hypothecæ, primo loco uxorem, ratione dotis, secundo pupillum, tertio fiscum, ac reliquos demum omnes eodem ordine collocari, vult *ejusd. tit. §. 3. Wenn man aber.* Cum vero pupilli in *d. Tit. 43.* non nisi in hoc *§. fin.* fiat mentio, ac ei regulariter simplex tantum hypotheca tacita sine privilegio competat, *l. 20. C. de adm. tut.* verba *d. §. folgends die Mundlein.* de casu, si forte pupilli ad ædificationem aut reparationem ædium pecuniam crediderint, accipit Carpz. *P. 2. C. 28 d. 63.* & Ziegler. *ad d. tit. §. verb. folgends die Mundlein*, p. 263. videntur tamen ea ad casum, quo res pupillari pecunia comparata fuit, *l. 7. ff. qui pot. in pign.* quoque referri posse, si forte ipsam rem vindicare haud expediat. j. Id. Carpz. *l. c. d. 83. & d. 109.* Brunn. *d. Conc. Credit. c. 5. §. 6.* Huber. *infra §. 16. h. t.*

† Hæc Classis II. novissimo jure penitus extincta est, nec uxori ratione dotis, nec fisco ratione contractus initi, nec iis, qui ad ædificationem, reparationem, conservationem, aut emtionem domus vel fundi pecunias crediderunt, ullum jus prælationis, immo ne quidem jus reale competit, nisi de hoc ipso specialiter in judicio sibi prospexerint, secundum temporis ordinem inter alios hypothecarios collocandi, neglecta omni statutorum huic constitutioni adversantium ordinatione, *O. P. S. E. I. & E. Tit. 43.*

juxta ordinem lege constitutum. Is autem ordo quatuor aut quinque articulis absolvitur, quorum tres quatuorve priores sunt singulares, qui singulos creditores in suo genere complectuntur. Primus ordo loquitur pro *Fisco* in causa *primipilari*, quæ mulieri etiam in dote, cujus præcipua cæteroquin est causa, præfertur, *l.3. & l. 4. C. de Primip.* ubi ratio redditur, *utilitas publica* privatorum commodis potior, quod tamen haud aliter, contra mulierem, quam excussio penitus marito, ejusque fidejussoribus & nominatis, exercetur. *l.* 4. *C. In quib. cauf. pign. tac.* Quid est autem causa primipilaris? Dicta est a primipilo, qui castris Romanis primus erat cujusque legionis centurio, sub cujus etiam cura posteriori tempore fuit annona militaris, qua de re vide sis Briff n. *de V. S.* voce *Primipil.* Fisco igitur primus locus debetur annonæ militaris causa, dissentiente D. Wissenbach. *h. th.* 14. Ad hæc Thomasius.

S c h o l i u m.

Imo non dissentit. Quamvis enim initio d. theseos dicat: Extra causam primipilarem fiscum in actione hypothecaria non esse privilegium; *tamen in medio mentem suam explicat his verbis*: dixi, Fiscum extra causam primipilarem & *pensitationes publicas*, non habere privilegium inter hypothecarios. *Igitur quæ ibidem disputat Wissenbachius, spectant* ad posit. 10. hic.

R e s p o n s i o.

Male cepit, ut opinor, Thomasius dissensum Wissenbachii *a me notatum*: *quem in hoc innui consistere, quod cum nos principem locum Fisco in causa primipilari vindicemus, ille non nisi tertium Primipilo concedat locum*, aperte d. th. 14.

N. A d d i t.

Quod male ceperim illum dissensum, non sum in culpa, sed positio Auctoris, quæ dissensum illum non locaverat loco debito, ut jam fecit in prælectionibus. Ita enim tum erat scriptum posit. 3. Princeps locus causæ primipilari debetur (*si hic additus fuisset dissensus Wissenbachii, tunc omnia se recte habuissent*) cui accenseri videntur tributa, *l. 1. C. si propt. pub. pensit.* ubi Perez. Dissent. D. Wissenb. *ad h. t. th* 14. *quis hic non intelligeret Auctorem, quod Wissenbachius dissentiat quoad tributa?*

Quod autem de pensitationibus publicis addit *Thomasius*, id nos quoque *pos.* 3. secuti Wissenbachium, qui interpp. alios sequitur, collocavimus; ut facile tamen patiar aliquem expendere verba *l. 1. C. Si propt. publ. pens.* quæ sunt hæc: *Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecæ sive pignoris prætendente, prior enim est causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.* Hinc dicendum videtur, Fiscum in tributis præferri creditoribus hypothecariis communibus, etiam venditori respectu rei venditæ, in qua ob pretium non solutum retinuit hypothecam, per verba *priore domino*, nisi hæc ad dominum cessatorem tributi referenda sint, ut Brunnem. ad *d. l.* 1. Sed ut mulieri in dote, quam lex enixe cunctis creditoribus, etiam Fisco prætulit in *l. ult. h. t.* ut, inquam, huic causæ Fiscus cum tributis anteferatur, verba vix ferunt, collata maxime cum *d. l.3. & l.4. C. de Primip.* in quibus Fisci causa *primipilaris* mulieri nominatim præponitur; nec enim causam primipilarem eandem esse cum tributis in genere, dictum est antea. Sed hoc verum est, Fiscum præferri causæ dotali & omnibus aliis, quando jus ejus prærogativa temporis est ante dotem aliaque credita & hypothecas; si hoc modo verba *d. l. 1. prior est causa, quibus priore loco &c.* accipi possint. Fisci obligatio si quando tempore causam dotis præcedit, ei quoque juris & pignoris ratione antevertit. *l.* 2. *C. de Privil. fisc.* Cum alia debita, licet tempore priora, causam dotis sequantur. Sed eo respectu non modo causa tributorum, sed fiscalis in genere mulieri præferenda est, quemadmodum ex adverso mulier habens antiquiorem tributis causam, Fisco præferenda foret. *d. l.* 2. Quod si verba *d. l.* 1. non de priore loco ratione temporis, sed de privilegio juris accipienda sint, ut plerumque intelligunt, tributorum causa proximo post mulierem loco subjicienda fuerit. Verum Interpp. causam primipilarem & tributorum confundunt, etiam Brunnem. *ad d. l.* 1. *in fin.* quod a jure Romano alienum esse, ex *supra dictis* palam est. Sub hac cautione de tributis heic absolvemus.

8. Jus fisci hac parte sine dubio quæstoribus & collectoribus tributorum, qui fisci ministri, ejusque nomine utuntur, adscribi debet, *arg. l. 11. §. 2. de Publican.* junct. *l.* 11. *C. de Vectigal.* quarum legum in priore textu, quod jus fisci est in vectigalibus, hoc in posteriore dicitur eorum esse, qui a fisco vectigalia con-

conduxerunt. Illa tamen sententia recipit hanc limitationem, *nisi collectores in exigendis tributis & vectigalibus negligentiores fuerint*, cum ipsorum culpa creditorum reliquorum præjudicio cedere nequeat. Hac ratione, apud Supremam Frisiæ Curiam, quando cum creditoribus quæstores sive collectores, adversus ipsos debitores tributorum & vectigalium concurrunt, præferuntur equidem, sed pro quatuor tantum mensium contributionibus; quod ad census agrestes attinet; quos, cum singulis bimestribus spatiis colligere debeant, si duplum temporis illis indulgeatur, id ex veteri stylo Curiæ, & æquo jure creditorum sufficere visum est.

Non videtur dubitandum, quin Fiscus idem jus habeat in bonis quæstorum & collectorum, qui publicorum tributorum pensiones, quas acceperant, in Fiscum non detulerunt: datur enim indistincte ratione tributorum hoc privilegium in *d. l.* 1. & *Fisci* favor respectu administratorum plus habet utilitatis publicæ, quam adversus alios debitores, exemplo pupillorum & minorum, qui habent legalem hypothecam in bonis curatorum suorum, quam alioqui non habent, ut *superius* dictum est, ubi ad Rempubl. idem produci, intelleximus. Non desunt tamen, qui Fiscum adversus ipsos debitores tributorum habere privilegium; sed in bonis administratorum suorum hac parte simplici dumtaxat hypotheca gaudere volunt, exemplo Reipubl. & minorum, in *l.* 10. *C. de Administr. Tut.* Agitata fuit hæc controversia in Curia nostra, referente *Nauta*, in hujusmodi causa. Cajus pro Titio quæstore seu collectore tributorum in pago *Deinum*, solverat Fisco reliqua tributorum, & cessionem juris fiscalis acceperat. Cujus virtute D. Nyssius Senator, bonorum quæstoris inter creditores Titii commissarius, prætulerat Cajum antiquioribus hypothecariis, qui ab ejus sententia appellaverunt Curiam. Quæ ita sensit, Nauta teste; Fiscum in bonis sui administratoris nihil amplius habere quam hypothecam; ideo priores tempore prætulit, *inter Lolle Jurgens cum soc. appell. & Simon Jelles in qual. appellatum*, *d.* 27. Octobr. 1640. De jure tamen, non putarem esse recedendum a positione priori.

9. Quid si magistratus in suis civitatibus & pagis creaverint quæstores sive collectores tributorum particulares, dum ipsi Fisco tenentur; an hi rursus habent privilegium hypothecarium in bonis suorum particularium quæstorum ante alios creditores? Non habere, judicavit Curia in causa *Creditorum Pastoris Stonebrinck*, qui nomine filii habuerat quæsturam tributorum pagi *Tzummarum*, contra *Rectores dicti pagi*, *a Fisco*, qui tamen a Commissario Curiæ prælati fuerant *d.* 26. *Octobr.* 1678. De jure non habent pagi & civitates plus quam hypothecam, nisi cessionem a Fisco habent, quæ in prædicta specie deerat quidem, sed ajebant, se fisco solvendo, in jus ipsius successisse, *l.* 1. *C. h. t.* qua de re mox erit agendum. Sed verius erat, illos potius solvisse pro se; nam magistratus universitatum, habentes curam in sua ditione tributa colligendi per ministros, ad hoc a sese electos, tenentur ad Rempubl. suo nomine salvum praestandam, & periculum ad ipsos pertinet, ut etiam observatur. Ipsi nihil quam jus universitatis in suos ministros habere possunt, idque non adsurgit ultra simplicem hypothecam; de qua diximus ad *tit. Ex quib. caus. pign. tac.*

Huic est affine quæsitum; an quæstor Fisci in suos ministros vel substitutos ab se creatos, jus idem, quod Fiscus, habeat in concursu creditorum? Fuit celebris ea de re lis inter hæredes Viri nobilis *Abbii a Bootsema* quæstoris Frisiæ generalis, & creditores *Abbii Frederici Gabbema*, quo ut scriba usus erat *Bootsema*. Is autem aufugerat, ablatis, ut ferebatur, multis millibus pecuniæ publicæ, quam *Bootsema* Reipubl. præstare cogebatur. Commissarius Curiæ prætulerat hæredes *Bootsemanos* cum centum millibus & amplius, reliquis creditoribus hypothecariis & Scribæ sui, quam sententiam Curia retractavit, judicavitque τὸν *Bootsema* nihil adversus Scribam habuisse, quam personale jus crediti, *d.* 8. *Jun.* 1641. quod erat verissimum, si nulla cessio a Fisco, vel nulla conventionalis hypotheca constituta fuisset, quam fuisse non liquet. Nam lex nulla quæstoribus dat hypothecam in suos mandatarios; quod enim hi agunt, id ipsi quæstores agere videntur, salva ipsis actione mandati: proinde cum solvunt Reipubl., solvunt pro se, rursusque pro se a mandatario exigunt, non Fisci nomine, cui nihil cum scriba substituto, quem ipse quæstor elegit, negotii. Diversa tamen species effecit, ut dein revisione secunda *Bootsemani* denuo superiores evaserint. Sed est genus causarum, in quibus exoticæ rationes aliquando nativis præstringunt.

10.

10. (c) Secundus privilegii locus, datur a Justiniano creditori emptæ pignoratæque militiæ, per textum in *Nov. 97. c. 4.* Per militiam autem intelligitur heic locus in schola agentium in rebus, quæ fuit apud Cæsares posteriores, qui ministerio publico & extraordinario rerum gerendarum vacabant; & quasi seminarium Reipubl. habebatur, ut ex eorum numero quoque magistratus electi fuisse videantur. Hi interim commoda quædam & salaria percipiebant, eaque loca fuerunt in commercio, ut etiam legari vendique potuerint, qua de re videre licet Brisson. *de V. S.* voce *Militia.* Dignitates tamen honoresque Reip. non fuerunt, ne quis publicorum munerum nundinationes in Jure nostro probari in animum inducat. Qui, ut dixi, credit in militiam, *solus est prior, & huic soli casui cedit mulier, d. c. 4.* In quibus verbis hæret eorum ratio, qui Fiscum in causa primipilari tertio post mulierem ordine collocant. Etenim si mulier ei soli, qui credidit in militiam, cedat, oportet ei cedere Fiscum in causa primipili; proinde *d. l. 3. & l. 4.* per *d. Nov. 97.* abrogatas censent, ut modo Wissenbachium sententem induximus. Sed Justinianus non solet tam defunctorie jus vetus abrogare, cum apparatu verborum id agere solitus; saltem exprimere jus, quod abrogat, oportebat, cum in *d. cap. 4.* nulla primipili mentio fiat. Quæ vero ad summam Remp. adeo enixe pertinet causa, lege stabilita, generalibus obiterque labentibus verbis non debet abolita censeri. Non magis quam eadem causa primipilaris abrogata fuit per *l. ult. C. h. t.* ubi mulier in dote præfertur omnibus indistincte creditoribus; ut generalia verba ibi non excludunt Primipilum, ita nec consequentia *d. Nov. 97.* id efficere potest. Maneat igitur Fisco princeps hac parte privilegii locus, sive de ipsius primipili, qui rem militaris annonæ administravit, bonis agatur, sive de debitoribus primipili ex ejusdem annonæ causa. Ant. Matth. *disp. de Judic.* 14. *th.* 10. Verum totus iste secundus locus de creditore militiæ non habet usum hisce temporibus, quia non habemus id genus militiæ, nec faciendum videtur, etsi alicubi munera publica venalia sint, ut sanctionem hanc Justinianeam in favorem eorum, qui ad ejusmodi nundinationes credidere, producamus; nisi lege speciali in quaque Rep. ita constitutum fuerit; a qua re pudor adhuc, credo, detinuit summas potestates, etsi malum illud nundinale publicæ verecundiæ cancellos jam pridem in multis aulis ac Rebusp. perfregerit. Apud nos certe non valebit hoc privilegium, nec eo quidem casu, quo lex translationem publici muneris pro pecunia permittit, veluti cum quis per annos XX. in functione publica versatus est, per Edictum *d. 16. Maii* 1662. quia privilegium hypothecæ, legem specialiter expressam, si quidquam aliud, requirit.

11. (d) Tertius ergo locus datur in dotis causa mulieri, ut omnibus, etiam anterioribus hypothecariis creditoribus, seu tacitam sive expressam habeant hypothecam, præferatur, *l. ult. §. 1. C. Qui pot. in pign. Nov. 97. c. 3.* nempe, si dos præstita, non si cauta sit dumtaxat. *d. l. ult. §. 1. vers. cum enim* A. Matth. *de Judic. disp.* 14. *th.* 14. Nec huic mulierum privilegio derogatum est per *d. Nov. 97. c. 3.* ut Wissenbachius dubitanter affirmat, *th. 14. h.* per hæc verba, Ἔλθοι δὲ καὶ ἕτερος δανειστής *&c.* Mox; *in aliis quidem prævalere creditoribus* (mulierem) *quicunque non talia prætendunt, his autem cedere, quoniam ex eorum substantia res est adquisita,* quibus verbis Cæsar mulieri præferre videtur eos, qui pecuniam ad rem comparandam vel conservandam, sub ejusdem rei pignore crediderunt. Sed aut omnia me fallunt, aut decisio pro muliere statim subjicitur tam claris verbis, ut dubitationi locus non relinquatur, in vers. *plurimum igitur & volumus igitur &c.* Cæterum respectu Fisci mulier in dote non est privilegiata, nec ipse respectu mulieris, nisi in causa primipilari, sed ambo judicantur secundum regulam temporis, ut docet Lex 2. *C. de Privil. Fisci*, qua ratione tributa quoque mulieri præferenda videri, dictum est *superius*. Datur autem hoc privilegium mulieri liberisque ejus, non extraneis hæredibus, liberique prioris matrimonii præferuntur cum dote suæ matris, uxori secundæ, quæ est noverca ipsorum. *d. l. ult.* vers. *Exceptis C h. t.* Subjiciam hoc loco observationem non spernendam Thomasii ad *posit. nostr.* 5. *h. t.*

SCHOLIUM.

Extranei ergo hic sunt omnes, qui non sunt liberi mulieris. Unde quæritur, si filiis duobus matri suæ hæredibus existentibus, unus postmodum decedat, qui portionem suam bonorum maternorum dotalium in fratrem transferat, an hic

(c) *Pos.* 4. (d) *Pos.* 5.

hic filius superstes reliquis creditoribus præferri debeat, ratione bonorum dotalium omnium matris suæ, an saltem ratione portionis dimidiæ ex hæreditate materna immediate ad se translatæ? Posterius affirmat Carpzovius Part. 1. C. 28. d. 98. *idque expeditum esse ait, quoniam privilegium hoc ad extraneos hæredes sive ascendentes sive collaterales, transferri nequeat. Sed mihi prius magis expeditum esse videtur, quia* d. l. ult. §. 1. Cod. h. t. *liberis mulieris plene prospicere voluit, nec distinguit, an filii immediate matri suæ succedant, an mediate; itaque etiam ex communi privilegiorum natura, beneficium hoc late est exponendum; præprimis cum eadem adsit ratio, scilicet favor sanguinis, modo is, a quo filii hæreditatem maternam mediate accipiunt, idem jus prælationis habuerit, ut in hoc casu frater filii; nam si ipse nihil habuerit, nihil est quod ad alium transferatur. Nec obstat ratio Carpzovii, quia illa valet saltem de heredibus extraneis & collateralibus mulieris, non vero de heredibus collateralibus filiorum, qui non sunt simul extranei respectu matris.*

Non valet tamen ultra dotem hoc privilegium, non ad donationem propter nuptias. *d. l. ult. §. ult. d. N. 97. c. 3. in fin.* Multo minus in rebus paraphernis. Sand. 3. 12. 3. Et quia moribus hodiernis pleraque bona sunt paraphernа, dotesque raro constituuntur, ut ad *tit. de Jur. dot.* videbimus, minus frequentem hujus privilegii usum esse consequitur, etiam in Frisia; licet enim ibi dotes non penitus obsoleverint, plerumque tamen mulieres nubentes sua bona simpliciter inferunt in societatem conjugalem.

Cæterum, si recte ratiocinati sumus in §. 7. causa tributorum fiscalium, muliere in causa dotis tempore posterior, statim post eam collocari deberet, ante cæteros creditores hypothecarios. Sed quia de tributis absolvimus, huic causæ diutius non immorabimur.

12. (e) Quartus igitur privilegii locus datur his, qui sequuntur. Primo, qui credidit ad restitutionem insulæ, *l. 2. D. Quib. caus. pign. tacit.* secundum ea, quæ *ad dict. tit. n.* 8. collocata sunt. Ad istum enim titulum, quid ad effectum hujus hypothecæ requiratur, commemoratum est, heic de ordine tantum privilegioque, non de usu vel extensione legalis hypothecæ, locus est agendi. Secundo referuntur ad hunc ordinem, quicunque crediderunt ad rem quamvis adquirendam vel conservandam, *sub ejusdem rei pignore speciali. l. 5. l. 6. & l. 7. D. h. t.* Cujus rei hæc est ratio, quod ejusmodi creditor salvam fecit pignoris causam, ejusque pecunia factum est, ut creditores hypothecarii in eam rem agere possint, *l. 6. in pr. h. t.* quam operam aliis ante ipsum prodesse, durissimum foret. Inde quæsitum est, an is, qui credidit ad solutionem domus jam pridem emptæ, & emptori eidemque communi debitori adquisitæ, privilegium hujus loci mereatur. Negat Sandius *lib. 3. tit. 12. defin. 6.* licet enim hic sibi prospexerit de tali hypotheca, quia tamen sua pecunia credenda non effecit, ut res emptori adquireretur, nec adeo præstiterit, ut salva pignoris causa foret, cessat in eo prælationis ratio. Verum quod addit eodem loco Sandius, *id parum abest, quin usum* hujus sententiæ frequenter evertat; ait enim, si res vendita sit, *non habita fide de pretio*, creditorem, qui diu post venditionem pecuniam in solutionem rei venditæ prorogavit habere privilegium, quia tunc dominium emptori, non nisi post solutionem, præstitum intelligitur, secundum ea, quæ a *princ. hujus tit.* dicta sunt. Quotiens igitur res immobiles, in quibus harum rerum usus potissimum consistit, fide non habita venduntur, cessat *prior definitio.* At sæpe venditionis instrumento inseritur clausula retentionis & *reservati dominii*, donec pretium sit solutum, quibus argumentum fidei non habitæ indubitatum continetur; non obstante, quod *Sandius* ait, præstituta pretii solvendi die, quod æque semper in venditionibus rerum soli exprimitur, fidem habitam censeri; hoc enim procedit, nisi diserte contrarium aliis verbis & pactionibus sit comprehensum, quemadmodum supradictis clausulis fieri manifestum est. Quæ res forte an causa fuerit, quod Senatus in sententiam, pro qua Sandius disputat, nihil, ut ipse narrat, definiverit: quin postea simili casu incidente, (frequentes enim sunt) dubitatum non memini in Foro, quin venditor per clausulam reservati Dominii & retentionis, etsi terminis solvendi expressis, id juris retinuisset, quo, qui fidem de pretio non habuere, gaudent.

13. Alia res majorem in hoc tractatu usum habere videtur, & est hæc; quod valde exacta requiritur probatio, pecuniam vere ad comparandam rem, vel conservandam, pretiumve rei emptæ solvendum, conversam fuisse: nam ut soli debitoris in mutui instrumento confessioni plena fides habeatur, nimis periculosum

(e) *Fos. 6. 7. & 8.*

riculosum videtur, cum nihil sit notius, quam debitores ære alieno gravatos, conficiendæ novæ pecuniæ causa tales prætextus comminisci, quibus aliis & antiquis creditoribus suum jus auferri, durum, nec ferendum videtur. Exemplum ejusmodi tractatum est in Curia Suprema; Titius Sempronio crediderat duo millia florenorum, quæ debitor in solutionem ultimæ pensionis suæ domus & officinæ cerevisiariæ conversa fatebatur. Titius nihil aliud probabat, quam in ultimam pensionem, sex diebus postquam ipse pecuniam crediderat, adnumeratos esse venditori mille trecentos florenos, nec aliud quidquam, de quo suam fuisse pecuniam constaret, proferebat. Commissarius dirimendis creditoribus datus, Titium prætulerat cum istis mille trecentis florenis, antiquioribus hypothecis, quasi conversio in solutionem rei venditæ sic satis probata fuisset. Sed cum creditores appellassent; sententia retractata est, eo quod nec confessio solius debitoris sufficeret, nec factum illud, solutione post intervallum facta eo modo probatum, amplius quam præsumptionem hominis efficeret, ex qua jus creditorum destrui non posset; facit apposite *l.24. in fin. de Reb. auct. jud. poss.d.l.* Ac ita judic. *in causa N.N. appell.* contra *Gerryt Gosses d 28. Septembr.* 1680. Unde liquet, non obstare, quod *ad tit. Quib. caus. pign. tac.* diximus; ab eo, qui credidit ad domum reficiendam, non requiri plus, quam ut probet rem eguisse refectionis, atque in instrumento scriptum esse, quod pecunia in refectionem conversa sit. Præter enim quod res bene diversæ sunt, eadem distinctio refectionis, statim vel post intervallum factæ, collocata est, ex *d.L. 24. in fin.* ubi privilegio locus est, si pecunia *statim* pervenerit ad privilegiatum, non æque si id mediate, ac interjecto tempore sit factum.

14. Denique, id ex ipsa thesi satis constat, eos, qui crediderunt ad rem comparandam vel conservandam, nullum habere privilegium inter hypothecarios, nisi jus in eadem re specialis hypothecæ pepigerint; nec enim legalis est hæc hypotheca, sed conventionalis tantum, & absque speciali hypotheca privilegium non valet, nisi inter creditores personales. *l.26.& l.34. D. de reb. auct. jud. poss.* junct. *l. 7. C. Qui potior. in pign.* Quemadmodum in Curia quoque nostra judicatum esse, refert Nauta noster, *d. 15. Junii 1637. in causa D. Johannis Venonis*, contra *Wilke Gerbens*.

15. Inter eos qui ad rem comparandam crediderunt, amant recenseri procuratores & advocati, pro expensis & salariis suis, si obtinere nequeant, ut inter judicialia primo loco ponantur, ut non debere fieri, modo vidimus. Habent *arg. l. 30. D. de Procurat.* quæ dat procuratori facultatem, ut sibi de judicato satisfieri curet, si dominus litis solvendo non sit. Verum illis verbis nec hypotheca, nec privilegium inter, aut ante hypothecarios continetur. Sed quod dicunt, opera sua factum esse, ut judicatum illud obtentum sit, ac ita salvam pignoris causam fecerint, secundum ea, quæ modo diximus, non esset de nihilo, si pacti essent hypothecam specialem in subjecto litis cui serviunt; sufficeretque, si mandato suo talem clausulam inseri curarent, quod *notandum*. Absque illa manifestum est, eos hunc locum occupare non posse, per ea, quæ *thesi præc.* exposita sunt: ut nequidem in expensas, in quas adversarius clientis condemnatus est, advocatus victoris præferatur. Exemplum apud Curiam; *D. J. Buningius* patrocinabatur cuidam Mennonitæ, qui jus pro Deo, ut ajunt, impetraverat: Obtinuerat causam aliquam contra *Heinstos* mercatores, cum expensis. Victi pecuniam solutam ex continenti præcludebant, ex alia debiti liquida causa. Buningius pro expensis & salariis, in pecuniam sua industria quæsitam præferri volebat, sed cum hypothecam specialem non haberet, nihil obtinuit. *d. 21. Martii* 1680. Si quis invitus pauperi datus esset a Curia advocatus, inter judicialia forte recenseri posset: tutius est tamen, addere mandato clausulam hypothecæ, quam diximus, specialis.

16. Tertio inter hypothecarios hujus ordinis, numerantur *pupilli* & *minores*, quorum pecunia res est empta, *l.7. in pr. h.t.* nec non ejusdem ordinis censetur is, cujus pecunia servus ab hoste redemptus est, ob jus cum in ipsum hominem aliquo modo, tum in res ejus per consequentiam. Quod ut hodie in his, qui a Barbaris capti atque redempti sunt locum habere queat, ita forte converti possit; ut servi redempti simile jus habeant, in eorum, qui pecunias ad redemptionem promiserunt, neque solverunt, bona: quod eorum nomine mandatoque ab eis, qui tales pecunias, ut fit, scripto, *si servus in patriam redierit*, promissas, repræsentarunt, exerceri possit. Denique, nonnulli ad hunc ordinem quoque referunt fiscum extra causam primipili & tributorum: sed rectius alii Fiscum, ut & pupil-

pillos ac minores, inter ſimplices hypothecarios ponunt, juxta *l. ult. h. t.* niſi quod privilegium inter hypothecarios habeat fiſcus in bonis poſt ſuum contractum quæſitis, quo ſenſu liceat accipere *l. 28. De jure fiſci*, eamque ita conciliare cum *d. l. ult.*

SCHOLIUM.

Sed non licet, propter expreſſa verba d. l. ult. *& eas, quæ habet Wiſſenb.* ad ff. de jure Fiſci, th. 10. *Aliter Struvius procedit in reſolut.* ad h. t. th. 30. *Sed & hujus reſponſio refelli poteſt ex Wiſſenbachio* d. l. *cum quo facio, ſententiam* d. l. 28. *opinioni Scævolæ in* d. l. ult. *præferens.*

RESPONSIO.

Hoc eſt, antinomiam ſtatuit cum Wiſſenb. noſtro, quod nos evitare malumus, ſi facultas datur, quæ in hac cauſa non deeſt. Ait Ulpian. in d. l. 28. potiorem eſſe Fiſcum in re poſtea adquiſita. *Scævola* in l. ult. in pr. h. t. Sejam eſſe Fiſco præferendam *etiam in illis rebus, quas debitor tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas poſt priorem* (Sejæ) *obligationem adquiſivit. Supereſt adhuc tertium genus rerum poſt fiſci contractum, qui poſterior eſt, adquiſitarum, de quibus nihil vetat accipere* d. l. 28. *maxime, ſi addas* l. 2. C. de Privil. Fiſc.

N. ADDIT.

Quaſi vero res poſt fiſci contractum adquiſitæ, non comprehendantur jam a Scævola ſub rebus, quas poſt priorem Sejæ obligationem adquiſivit. Adde, quod ex textu Ulpiani non obſcure appareat, JCtos etiam in re diſſenſiſſe, & deciſione Imperatoriæ conſtitutionis fuiſſe opus. Lex 2. Cod. de privil. fiſci. *nihil habet quod jubeat tertium genus hic effingere.*

Maneat igitur Fiſci locus in hoc ordine quarto, reſpectu bonorum, quæ debitor ejus poſt tempus contractus ſecum initi adquiſivit, ut etiam in illis, antiquioribus præferatur creditoribus. Nam quando prior eſt tempore, tunc omnibus antevertit privilegiatis, ut probatum *ſupra* ex *l. 2. C. de Privil. fiſc.*

17. Poſtremo ſunt, qui ad hunc ordinem quartum referunt dominos directos reſpectu canonis aut ſalarii ſibi debiti. ex *l. 15. h. t.* Sed horum prærogativam ad jus dominii pertinere, *ſupra* demonſtratum eſt. Habent equidem pro penſionibus præteritis, quæ ſolutæ non ſunt, hypothecam, ut ſimiliter dictum eſt *tit. Ex quib. cauſ. pign. tac.* ſed privilegium exigendi ante alios creditores hypothecarios eſſe conſtitutum in illa *l. 15.* probari non poteſt, ut *th. 3.* diximus. Nec ſine lege ſpeciali & expreſſa, plus juris, inquam, penſionibus emphyteuticis, ſuperficialibus aut ſolariis eſt tribuendum, quam dominis reſpectu penſionum de rebus pleno jure propriis debitarum tribui conſtat.

DE CONCURSU HYPOTHECARIORUM SIMPLICIUM.

XVIII. Quintum ordinis locum eſſe pro cunctis hypothecariis, tam tacitis quam expreſſis, ordine temporis. XIX. Inter eos eſſe Fiſcum. XX. Et pupillos. XXI. Prioritatem temporis etiam ex horis & minutis æſtimari. XXII. Aliæ de temporis ordine obſervationes. XXIII. Excipi dumtaxat Pignus Prætorium. XXIV. Tempus etiam generalem hypothecam præponere ſpeciali, ſub certis limitationibus.

18. (f) SEquitur quintus ordo creditorum hypothecariorum, qui non jam privilegio, ſed tempore dirimuntur, ſecundum regulam, *Qui prior eſt tempore, potior eſt jure. l. 2. l. 11. in pr.* & *l. 12. §. 2. h. t. l. 7.* & *l. 8. C. eod.* Quin ex eadem regula judicandi ſunt concurrentes in textibus *ſupra* citatis. Unde ceſſante prærogativa cauſæ, nulla dirimendi ratio, quam a tempore peti & applicari poteſt. *arg. dict. ll.* Pertinent igitur ad quintum hunc ordinem, omnes hypothecarii, tam expreſſam quam tacitam hypothecam habentes: nec enim uſquam his, etſi lege ſubnixis, jus ante alios exigendi datur, nec ratio plus eis tribuit, quia lex hypothecam ſtatuendo nihil aliud quam conventionis defectum ſupplet. *arg. l. 4. D. in quib. cauſis pign. tacit.* In foris tamen noſtris ſæpe fit, ut non modo vulgi opinione, ſed etiam in actis publicis atque edictis, hypothecæ tacitæ exiſtimentur vocenturque *privilegiatæ*, propter ſpeciem quandam rationi juris præſtringentem. Nam hypothecæ vulgares, actis publicis inſinuatæ, ſicut apud nos, vel, ut *alibi*, publica forma conſtitutæ ſigillove munitæ, aut a Scabinis probatæ, etſi tempore poſteriores, occupant locum priorem;

(f) *Poſ. 9. & 12.*

rem; cui incommodo, cum legales hypothecæ non ſint ſubjectæ, ſed hæ ſuum locum ſine publica forma vel inſinuatione in acta retineant: hæc res privilegii ſpeciem, quod non niſi temporis ordini accepto ferendum eſt, tacitis hypothecis circumdat. Eſt adhuc alia difficultas, quæ ex conflictu tacitæ & conventionalis hypothecæ oriri poteſt, maxime ex hypotheſi Regiſtrationum, quæ apud nos ſunt in uſu, & de quibus agendi paulo *inferius* occurret locus.

19. (g) Porro inter hos vulgares hypothecarios; referendus eſt denuo Fiſcus, quem locus hic jam tertius a reliquis diſtinguit. Primus in cauſa primipilari, atque in tributis, (etſi in hiſce tempori plus quam privilegio debeat) ut *ſuperius* demonſtratum eſt. Secundus in rebus poſt ſuum contractum quæſitis, ut audivimus. Tertius denique in hanc claſſem incidens; habet enim fiſcus tacitam hypothecam in bonis omnium debitorum ſuorum, *l.* 46. §. 3. *de Jure fiſc. l.* 1. *& l.* 2. *Cod. de priv. fiſc.* & dictum eſt *ſupra*, *Quib. ex cauſis pign. tac.* ubi pœnas Fiſco debitas excepimus, in quibus ut odioſis, non placuit * hypotheca legali præjudicare creditoribus aliis, *l.* 17. *& l.* 37. *de jure fiſci.* ne quidem poſt ſententiam, etſi aliter ex vetuſtis Dd. Neguzantius *M.* 4. *P.* 2. *n.* 115. *in fin.* ſic enim jus creditorum, fiſco præpoſitum *d. l.* 17. *& l.* 37. penitus eluderetur.

20. (h) Pertinent huc etiam pupilli & minores, non, uti fiſcus, in omnibus, ſed adverſus tutores & curatores ſuos, *l.* 20. *C. de Adm. tutor.* junct. *l.* 7. *h. t.* ubi contra alios datur privilegium uno tantum caſu: ſi qua res pecunia pupilli ſit empta, quod confirmat regulam in cæteris caſibus, hypothecam ſine mentione privilegii dantibus. Denique probavimus ad *tit. In quib. cauſ. pign. tac.* nullam extare juris auctoritatem, qua nativitatem hujus hypothecæ certam ante Conſtantinum in *d. l.* 20. ſtatuamus; privilegium tamen pupillos & minores adverſus tutores & curatores ſuos antehac habuiſſe, conſtat ex *l. dabimuſque* 19. *de Reb. auctor. jud. poſſid.* ſed inter perſonales creditores duntaxat: unde liquet reſponſio ad argumentum, quo probatum eſt alias, pupillos & minores eſſe privilegiatos inter hypothecarios, quod erat hujuſmodi. Qui habet hypothecam & privilegium, is inter hypothecarios eſt privilegiatus; ſed pupilli & minores habent hypothecam, *d. l.* 20. & privilegium, *d. l.* 19. §. 1. Ergo inter hypothecarios ſunt privilegiati. Negatur propoſitio, vel limitatur; *niſi alio reſpectu hypotheca & alio reſpectu privilegium ſit datum*, quemadmodum heic accidiſſe, demonſtratum eſt: Proinde cum fiſco & pupillis, inquam, omnes hypothecarii creditores æquo jure, ſalvo temporis ordine, concurrunt, *l.* 2. *l.* 11. *&c.* nec aliud ad commodum prioritatis, quam ipſa pignoris aut hypothecæ conſtitutio privatim facta requiritur; etſi hodie quibuſdam locis ordo temporis non tribuat prælationem in hypothecis immobilium rerum, niſi a Superiore ſint confirmatæ, ut monet Thomaſ. ad *poſit.* 19. *h. t. ex Conſt. Elect.* 23. *part.* 2. & Struv. *ad h. tit. th.* 26.

21. (i) Cum autem temporis prærogativa naturaliter horis etiam & *minutis* æſtimetur, non eſt quod diverſam a juris civilis auctoribus rationem exſpectemus, re ipſa inprimis ſuffragante: nam quia jus hypothecæ conſtitutum afficit rem eique inhæret, non poteſt hic character impreſſus, ab alio ſuperveniente deleri, vel ſuperari, proinde nec aliter uſus in foro notiſſimus ſervat, teſte Sandio *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 16. *a pr. verſu: Illud hoc loco.* Gail. 2. *obſ.* 25. quo pertinet, quod memini quæſitum de hypothecis duabus, Regiſtrationi ſive Inſinuationi, quæ juxta regulam temporis æque regitur, ſimul oblatis; cum ambo creditores ſecretarium judicis ingreſſi eſſent, ac unus prior obligationem ſuam oſtentaſſet, alter prius a tergo ejus proclamaſſet, ſe offerre hypothecam actis inſinuandam, uter præcederet; nec in exedra conſultoria dubitatum, quin prior eſſet, qui primus ediderat vocem, non qui primus extulerat manum, etſi voce mox ſubſecuta. Sed moleſtus eſt huic ſententiæ liquidiſſimæ textus in *l. ſi fundus.* 16. §. *ſi duo.* 8. *de pign. & hypoth.* quæ poſt Cujac. & Hotoman. exactiſſimi virum judicii A. Matthæum in diverſum abripuit, *diſput. de judiciis* 14. *th.* 25. Qui jungi vult *huic l.* 16. *legem Si duas.* 6. *pr. De Excuſat.* Quod ad priorem textum attinet, nolumus actum agere poſt Wiſſenb. ad

(g) *Poſ.* 10. (h) *Poſ.* 11. (i) *Poſ.* 13.

* Placuit tamen, ut & a nobis ſupra dictum, noſtro Legislatori, *Ord. Proc. Sax. Tit.* 41. §. *Deſsgleichen ob vitiſſ.* fiſco in pœnis ex delicto, item multis, tacitam hypothecam ex tempore condemnationis largiri, verb. *von der Zeit an zu rechnen, da einer in die Straffe verfallen, ſeiner Ordnung nach, unter denen Hypothecariis conveniren laſſen.* Carpzov. P. 1. C. 21. *def.* 124.

ad *hunc. tit. th.4.* tamen & *inferius* de illa dabitur occasio; heic saltem repetemus, quod ad *pos.13.* collocavimus; verba *d. l. 16. §. 8. eodem die*, non pertinere ad quæstionem de concursu creditorum, sed de jure agendi in solidum contra tertium pignoris possessorem, quod primo venienti creditori comparatum est, & de quo nos *infra n.* 33. Quin plane hæc verba, *pariter & eodem die*, sumi illic promiscue, non animadverto, cum potius contrarium exprimatur. Sed in *d. l. 6. in pr.* duæ creationes tutorum una quidem die, pro simultaneis haberi videntur; verum hoc ideo, quod ordo eorum non apparebat, ideoque nihil aliud statui poterat: idque etiam de hypothecis duabus, una die scriptis, si de horis non constet, existimandum.

22. (k) Cæterum, tempus hypothecæ, quo prærogativa judicatur, non refertur ad contractum, cujus accessio est hypotheca, sed ipsius pignoris constitutio spectatur: nam si tu mihi des mutuo mille sestertia simplici chirographo contentus, alius mihi post triduum tantundem sub hypotheca crediderit, tuque deinceps pro chirographo acceperis a me obligationem hypothecariam, in cujus instrumento narratum est, pecuniam tot diebus antea numeratam fuisse, tamen alter te præcedit, quia verum est, eum jus pignoris ante te accepisse, *l. 11. pr. & §. 2. h. t.* nisi chirographum hac lege datum sit, ut quam primum in hypothecarium instrumentum converteretur: nam pignorationis tempus non a traditione, vel a scriptura, sed a conventione pendet, *l. 4. de Pign. l. 1. h t.* nec interest, utrum pure pignus mihi obligatum sit, an ex certo die, vel sub conditione; utroque casu præferendus sum ei, cui postea idem pure datum est, licet ante diem vel conditionem existentem. A. Matthæ. *disp. de Jud.* 14. *th.* 26. Diversum est, *pergit idem*, si convenerit, ut res sit hypothecæ, *si debitor pecuniam acceperit*; nam si mox ab alio pecuniam sub pignore paratam nactus sit, idemque a priore pecuniam promissam abstulerit, posterior tamen prior erit. *l. 1. §. 1. l. 11. pr. D. Qui pot. in pign.* (1)

SCHOLIUM.

Sed dixerat tamen Auctor antea, priorem, etiamsi sub conditione acceperit pignus, tamen posteriori, qui pure accepit, præferri. An ergo dicemus, casum l. 11. in princ. *continere exceptionem a regula? An potius distinguemus, utrum pignus sub conditione constituatur: an debito conditionali accedat pignus purum? Ita ut priori casu tempus conditionis existentis demum consideretur*, arg. d. l. 11. *posteriori casu tempus pignoris dati, per* l. 2. C. h. t. *Sed hæc responsio repugnat menti Auctoris*, in d. posit. 11. *Ergo mallem, ut ibidem textum adduxisset probantem, creditorem, cui sub conditione pignus datum erat, præferri reliquis ex tempore promissionis.*

RESPONSIO.

Sic etiam, ut ego, locutus est D. Matthæus, qui tamen nihil explicationis addit, sed textus citat. l. 9. l. 11. & l. 12. §. 2. h. t. *Ex quibus ita videtur; si contractus sit initus sub conditione, vel in diem sub hypotheca, vel huic ipsi dies aut conditio adjiciatur, conditione dein existente, vel die veniente, perinde haberi pignus, ac si ab initio pure constitutum esset, ut ait* d. l. 11. §. 2. *Hoc non est ita in conditione*, si pecuniam numeraverit. *Ratio redditur* in d. l. 11. fin. pr. ubi: Poterat enim, licet antea convenerat, non accipere ab eo pecuniam: *sed hoc etiam de aliis conditionibus verum est, illas potuisse non existere. Dixerim potius, hanc esse differentiæ rationem. Conditionalis hypotheca valet inde ab initio, quia cum existit conditio, retrotrahitur: sed conditio distincta fuit ac esse debet ab obligatione; alioqui non potest ad initium retrahi. At hæc conditio mutui*, si pecuniam numeravit, *a substantia mutui non est separata, neque præter se quidquam relinquit, nec habet, quo retrahi possit. Est τῶν μὴ ὄντων, ex non Entibus, mutuum sub conditione, si numeravit, imo & ante numerationem mutuum NON ENS est, nullam producens actionem aut exceptionem.* l. 30. de Reb. Cred. *Ergo pignus hoc casu non nisi post conditionem existentem potest nasci.*

N. ADDIT.

Si Scholia scripsissem ad tractatum Matthæi, idem notassem. Sufficit, Auctorem obscure esse locutum, & adeo ejus mentem declaratione indigere. Utrum vero responsione hac satis prolixa, mens ejus sit clarius proposita, quam antea, Lector judicet. Mihi nunc res breviter videtur ita esse proponenda. Regulariter pignus conditionale etiam præfertur reliquis, modo jam contractus aliquis subsit, cui pignus possit accedere, qui in conditione; si pecuniam numeraverit, nondum aderat.

23.

(k) *Pos.* 14. & 15.

(1) *Confer de hac quæstione Josephi Averanii interpret. jur. lib. 3. cap. 9.*

23. (l) Praeterea, non in pignore tantum conventionali valet haec regula, sed etiam in judiciali, quod executionis causa capitur. *l.10. h. t. l. 19.* & *l.61. de Re Judicat. l.1. C. Si in cauf. jud. pign. capt. sit* At hujus pignoris usum hodiernum efficaciorem, qui novit executionem per modum pignorationis vix unquam committi, ut ad *tit. de Re judic.* videbimus, ignorare non potest. Sed in pignore praetorio non placuit jure civili temporis ordinem servari, scilicet ut qui primus in bona communis debitoris missionem, ac ita pignus praetorium impetravit, is ideo caeteris praeferatur. *l.12. de Reb. auct. jud. poss. l. ult. Cod. eod. l. 148. de R. J.* Verum ab hac Jurisprudentia discrepare fori rationes in multis locis, constat inde, quod nihil usitatius est, quam ut is, qui per arrestum primus bona debitoris praeclusit, & consequenter sententiam secundum arrestum obtinuit, hoc ipso reliquis creditoribus praeferatur, ut refert Peckius *de Jure fist. cap.40. num. 8.* Gailius etiam simpliciter negat esse discrimen, quoad ad ordinem juris hypothecarii inter praetorium & reliquas pignorum species, 2. *obs.25. num. 3.* quod de usu Fori in universum † adfirmat Thomasius ad *Posit. 17. h. t.* & Struvius 8. *th. 29.* Verum usus noster juri civili hac parte consentaneus est, nisi quod judices militares in Frisia stabiliri secundum Arrestum & sententiam praelationem tribuunt, ut *alias* dictum.

N. A D D I T.

† *At istud* in universum, *non extat in scholio, & nimis arrogans esset. Per forum indefinite, ut feceram, positum, intelligitur forum patriae, & tacite subintelligitur ubivis nostrum.*

24. (m) Porro tam generalis est regula de tempore, ut etiam in concursu diversarum hypothecarum, conventionalis, legalis, judicialis, generalis, specialis obtineat, tam promiscuo validoque effectu, ut generalis hypotheca tempore prior, praeferatur alii, qui postea specialem adquisivit, etiam in illa re speciali, licet aliunde fortitan creditori satisfieri possit. *l. 2. h. t. l. 6. C. eod.* Nam quia generalis complectitur omnes species; jus tempore quaesitum non magis in re certa per specialem, quam in omnibus rebus per generalem hypothecam, minui vel tolli potest. Duplex tamen hujus positionis est limitatio. Prima, si posterior acceperit hypothecam specialem in supellectilem, aliasque res necessarii usus, aut affectionis, quae sub hypotheca generali non continentur, *l. 6. de Pignor.* qua ratione multi a debitoribus, quorum substantiae fines aere alieno pridem occupati erant, utiles hypothecas pepigerunt. Secunda limitatio est haec; primus generalis non praefertur secundo speciali in hac ipsa re, *si primus juxta generalem acciperit hypothecam specialem*, in aliam rem, quam quae secundo specialiter est obligata; tunc enim speciale pignus sibi constitutum excutere debet, antequam speciale pignus alterius, vi suae generalis invadere possit. *l.2 C.de Pignor.* Erit, cui mirum videatur, speciale pignus additum generali, restringere jus creditoris minusque tribuere quam ex solo generali licebat: atqui hoc actum inter partes intelligitur, ut creditoris jus generale per adjunctum speciale restringeretur. Simul id observatu non est otiosum; in speciali pignore, si non fit ex genere privilegiatorum, minime tantam inesse utilitatem, quanta vulgo existimatur.

EXCEPTIONES A REGULA DE TEMPORE.

XXV. Exceptio 1. de pignore Praetorio. 2. Instrumenti publici. XXVI. Tertia exceptio de venditore in re Vendita. XXVII. Quarta exceptio; si posterior solverit priori. XXVIII. Quinta Juris Frisici, Quando posterior est Registrata. XXIX. Quaestio de concursu notabilis. XXX. Alia, de casu appellationis a tertio Creditore factae contra primum. XXXI. Explicatur in eam rem L. Claudius. 16. h. t. *XXXII. An possessor rei mobilis pignoratae, & qui habet clausulam Constituti, teneatur regula Temporis.*

25.(n) SEd haec regula de tempore, quemadmodum ad omnes hypothecas, tam ante, quam post pignus constitutum adquisitas pertinet, sic etiam notabiles patitur exceptiones, quarum prima jam commemorata est in pignore praetorio, Secunda, quando posterior hypotheca *publico instrumento*, id est apud acta judicii conscripto, vel sigillo publico ci-

(l) *Pos.* 17. (m) *Pos.* 16. (n) *Pos.* 19.

civitatis ac ſubſcriptione alicujus e judicio juxta ſcribam publicum monito, continetur. Hæc enim præfertur antiquiori, privato inſtrumento comprehenſæ, *l.* 11. *C. Qui potior in pign.* qua de re videſis Sandium *lib.*3.*tit.*12. *Defin.* 14. Quia tamen jure noviſſimo ex *Novella* 73. *cap.* 2. trium teſtium ſubſcriptione privatum inſtrumentum, quoad effectum, publicis adæquatur, dicendum videtur, id etiam hac occaſione valiturum, quin diſerte id ipſum de effectu pignorationis & prælationis cautum eſt in *d. l.* 11. *in fin. C. h. t.* A. Matthæus *diſp.* 14. *de Judic. th.* 33. addens in *th.* 35. codicibus mercatorum a nonnullis eundem effectum tribui, quod improbat merito; uti nec recognitio Judicialis inſtrumentum hoc reſpectu publicum facit. *d. tit.* 12. *def.* 13. Sed pro publico non habetur hactenus inſtrumentum privatum, ſolenniter authenticum factum; etſi enim hoc ad probationis effectum valeat, jus tamen hypothecæ, quod ab initio pendet, ex hujuſmodi *poſt facto* non introducitur, ut Sandius monet *d. tit. def.* 15. Moribus hodiernis, ſuus cuique populo mos eſt, in hoc genere inſtrumentorum; unde apud Batavos *Notitiis Scabinorum*, apud vicinos inſtrumenta *ſigillata*, id eſt publico ſigillo munita, frequentantur. Apud nos minime quidem abolitum eſt jus illud publici inſtrumenti, ut apud Sandium videre licet, ſed rarius uſitatum, poſtquam *Regiſtrationes*, de quibus mox agendum, non modo ſimilem effectum obtinuerunt, ſed etiam illud ſubegerunt. *d. tit.* 10. *lib.* 1. *Stat. art. ult.*

26. (o) Tertia de regula temporis exceptio, traditur ab interpretibus, ex ratione juris potius quam textu ſpeciali, in emptione venditione, facta hac lege, ut res vendita tantiſper, dum pretium ſit ſolutum, venditori ſpecialiter pignori ſit obligata; venditor hujus hypothecæ virtute, creditoribus præfertur antiquioribus: ſcilicet, quando venditor emptori fidem habuit, ut ex pignore dato, ſi nihil aliud adjectum ſit, colligitur; nam ſi fides habita non ſit, jure dominii venditor ordinem creditorum, *ut initio hujus tit.* diximus, antevertit: hæc autem exceptio, & jus venditoris, probatur *ex l.* 2. *de Reb. cor. qui ſub tut. vel. cur.* junct. *l.* 48. *de Pact. l.* 10. *C. eod. l. ult. C. de pact. int. empt. & vend.* Ant. Matth. *diſp.* 14. *de Judic. th.* 31. ubi plures *Auctores*. Atque hoc eſt jus notiſſimi uſus, quod *reverſalium* noſtrates appellant, ex eo, quod inſtrumentum, quo emptor ſe pretium debere fatetur, *reverſale* dicitur, quaſi *reciprocum*, reſpectu alterius inſtrumenti, quo venditor rei dominium transfert. Jus autem hoc ſubnixum eſt ea ratione, quod hypothecæ nexus, in re vendita ſtabilitur ante dominium translatum, aut ſaltem eodem temporis momento, ac ita venditor, priores emptoris creditores prævenit, qui jus pignoris in rem emptam prius, quam res emptoris eſt facta, conſequi non poſſunt; proinde ſemper venditores ſunt poſteriores, quemadmodum priores eſſent, ſi quidem hypotheca proprietatis translationem ſequeretur; quod argumento eſſe debet, ne venditor inde ab initio pignus ſibi adſciſcere negligat. Et hæc ratio legibus firmata, ſupra dictis ab Herbajo noſtro inducitur, *Tract. rer. quotid. c.* 3. cum alioquin hæc hypotheca textu ſit deſtituta ſpeciali. Quamvis autem manifeſtum ſit, hanc hypothecam ad emptoris bona pertinere, venditoris commodo, incredibile tamen eſt, quam crebro homines etiam non ſegnes, hoc jure, quod *reverſalium* vocant, decipiantur; quando jus hoc per ceſſiones a Venditoribus ære alieno merſis comparant, & mox per venditoris creditores a pretio rei venditæ excluduntur; ridiculo errore putantes, jus illud *reverſale*, quod omnibus creditoribus prævertere dicitur, æque ad venditoris, quam ad emptoris ſpectare creditores. Sed hoc obiter. Dignius obſervatu eſt, hanc hypothecæ reverſalis vim, ultra rem venditam ejuſve pretium non extendi, non ad omnia quæ eodem inſtrumento continentur, nec utique ad mercedes & donativa locationis eiſdem literis comprehenſæ, ſicut in hoc exemplo apud Curiam definitum eſt. *Franciſcus a Scheltema* vendiderat ſuperficiem prædii ruſtici cuidam *Nardo*, agroſque domui ſubjectos in longum tempus pro certa mercede locaverat, cum hypotheca rei venditæ, omnibus inſtrumento contentis ſubjecta. Emptore bonis lapſo, *Scheltema* prælatus eſt antiquioribus hypothecis cum pretio venditionis: contendebat idem reſpectu mercedum & donativorum, quæ pro uſu agrorum ſtipulatus erat, eo quod omnia in eodem inſtrumento & ejuſdem hypothecæ clauſula continebantur: ſed ratione jam demonſtrata, cum reſpectu locationis nihil quam ſimplex hypotheca eſſet adquiſita, rejectus eſt *d.* 27. *Octob.* 1641. in cauſ. *Franciſc. a Scheltema*, contra *Antje Feikes*, Naut. *deciſ.* 101.

(o) *Voſ.* 18.

27. (p) Quarta exceptio legibus prodita est, si quando posterior creditor hypothecarius, priori, quod ei debebatur, solverit; hoc enim ipso succedit in locum prioris, etiam, ut videtur, in ejus privilegium, *l.1.C.de his, qui in prior. cred. loc. succed. l.22.C. de Pign.& hypoth. l.* 11. §. *ult.* & *l.*12. §.8. *h. t.* atque de his est ultima pars hujus *Rubricæ*. Cui juri consentaneum est, posteriorem cogere posse priorem, ut pecuniam accipiat, vel si nolit, oblatam, ut solet, obsignare & deponere potest. *dict. l.*22. & *l.*1. *C. h.t.* Non est tamen tanti, ut videtur, hæc exceptio, si eventum spectes, momenti, siquidem in summa creditorum ordo non mutatur, quia solvens posterior primi locum occupat, quatenus solvit, non cum suo debito; sed hoc quidem, ut & reliqua, suum ordinem, qui fuit, retinent. Dices, quid igitur in hac re commodi est, in qua solvens nihil lucratur, nec sui proprii crediti respectu adjuvatur? Sciendum, sæpe fieri, ut primi creditores de suo securi, cum debitore colludant, sequentibusque creditoribus se transversarios objiciant, ne ad pignorum distractionem pervenire liceat: hoc casu nihil expeditius est sequentibus, aut uni ex illis, quam hypothecario primo solvere suum debitum, quo facto, sine cessione vi legis in ejus locum succedit, modo solvens, inquam, sit hypothecarius. Nam extranei, vel creditores mere personales, hypothecario primo solventes, nihil quam personalem adversus ipsum debitorem actionem consequuntur, in hypothecam aut privilegium primi, non nisi per cessionem consensu factam succedunt. *l.*2 *s. C. de Pign. d.l.*1.*C. de his, qui in prior. cred. locum.*

Idem ille casus exceptus habet usum in tali specie. Diversi creditores habent unum pignus vel hypothecam, nec aliud est in bonis debitoris unde suum consequi possint: in hujus pignoris valore plus est, quam primo creditori debetur; ille tamen non vult pati distractionem pignoris; nihil promptius est, quam ei solvere suum debitum, quo ita posterior Jure prioris venditionem facere queat. Quid si posterior sit inops, ut primo suum repræsentare nequeat, an non potest tamen urgere distractionem pignoris, ut ejus pretio utrique ad concurrentem quantitatem satisfiat? Non cogi anteriorem pati pignoris distractionem, tradit D.Ant. Matthæus *disp. de Jud.* 14. *th.* 37. ex sententia Ant. Fabri *Decad.* 1. *Error. Pragm. cap.*3. *n.*3. *& seqq.* Enimvero de pignore proprie dicto, cui creditor incumbit, vel de hypotheca speciali sub clausula constituti, verum id esse videtur, non cogi illos dimittere possessionem sibi adquisitam, priusquam satisfactum sit; sed de generalibus hypothecis, aut specialibus quarum possessio est penes venditorem, verius esse videtur, quemlibet creditorem hypothecam suam exsequi posse ad distractionem usque, salvo ordinis jure primo creditori, in distributione pecuniæ ex hypotheca redactæ; nam ut alioqui primus creditor reliquorum jura sistat & impediat, mali res exempti foret, nec malitiis indulgeri juris ratio patitur, ac ita fert usus Fori, ut puto, *passim*.

Sed pone, dat aliquis debitori mutuam pecuniam, ut primo creditori solvat, cum pacto, quod ipse jus primi creditoris sit habiturus, an hoc ipso præferetur cæteris? Ita Marcianus in *l.* 12. §. *A Titio.* 8. *h. t.* ut, si vere pecunia in primi crediti solutionem versa sit, etiam sine cessione, vi pacti cum debitore initi, jus primi creditoris consequatur; modo id exacte probetur, non enim solam debitoris confessionem instrumento comprehensam sufficere ad hunc effectum, *antea* demonstratum est. Continetur hæc quoque doctrina in *l.* 16. *vers. plane cum tertius. & l.* 10. *h. t. l.* 1. *C. de his, qui in prior. cred. loc. succed. l.* 24. §. *ult. de Reb. auct. jud. possid.* Quanquam tutius & validius est, ab ipso creditore primo accipere cessionem, per quam non hypotheca tantum, & jus temporis, sed & privilegium transferri queat, cum per solutionem debitori factam privilegium certe primi creditoris adquiri non possit, per *l.* 196. *de R. J.*

28. Pro quinta exceptione collocari potest, juris Frisici observatio peculiaris, quod hypotheca conventionalis posterior *registrata*, id est, catalogo publico hypothecarum inserta, temporis ordine priori, etiam publico instrumento, præfertur. Legalibus hypothecis registratio non præjudicat, sed hæ suum jus temporis intactum servant. *lib.* 1. *Stat. tit.*10. *art.* 2. Scilicet, raro apud nos obligationes hypothecariæ inde ab initio publice constituuntur, sed privatis instrumentis occultandi æris alieni gratia consignantur; creditores autem omni tempore habent in potestate, si nomini & facultatibus debitoris sui diffidant, obligationem suam curare catalogo sive codici publico hypothecarum inserendam. Quo autem juris effectum habeat *Registratio*, generalis hypothecæ in loco domicilii, specialis in

(p) *Pos.* 20. *&* 21.

in loco rei sitæ facienda est, præsente seu vidente judicum uno, idque per secretarium judicii, vel ejus scribam juratum. *d. tit.* 10. *art.* 1. E quibus requisitis, si quid desit, insinuatio nullius momenti est; veluti si non facta sit in vero domicilii loco, vel si præsentia judicis non sit adhibita, sicuti apud Sandium *l.* 3. *tit.* 12. *def.* 15. & sæpe deinceps judicatum est, notabiliter in causa creditorum *Luciæ a Wissema*, quod expositum est ad *tit. de Judiciis num.* 45. *Part.* 2. *pag.* 217. Salvo eis, qui per negligentiam secretariorum jure suo ceciderint, regressu adversus illos, qua de re, ut & officio secretariorum hac parte, latius in *lib.* 2. *Jurispr. hodiern. cap.* 50. *num.* 51. *& seqq.*

29. Sed hoc loco non potest omitti notabilis & perplexa quæstio, quid juris sit in concursu hypothecæ conventionalis tempore primæ, non registratæ, & legalis tempore sequentis, denique alterius conventionalis posterioris, sed registratæ. Species facti sit talis; Titius hypotheca conventionali Sempronio obstrictus, Tutor factus est pupilli, & dein hypothecam dedit Cajo, quam hic registrari curavit, quod Sempronius omiserat. Titio non solvendo mortuo, fit concursus, in quo constat, Sempronium jure temporis præcedere pupillum, & hunc eodem jure temporis vincere Cajum registratum, qui legali hypothecæ pupilli, temporis ordinem non aufert. Sed Cajus vi suæ registrationis superat Sempronium, hic excludit pupillum, Ergone Cajus quoque pupillum? Per regulam; *Qui vincit vincentem te, multo magis te vincit*? An vero Sempronius audietur? Qui sic ait: Ego pupillum vinco, Pupillus Cajum *registratum*, Ergo & ego Cajum, per eandem regulam, *Vinco vincentem te, Ergo & Te*? Magis est, ut hæc regula non habeat locum, nisi in æquabili successorio, non ubi diversi ordines, ut heic, confliguntur. Ratio velle videtur, ut Pupillus cum sua legali hypotheca secundum locum retineat, nec ei per collisionem reliquorum fiat præjudicium lucri vel damni. Cum vero Sempronius & Cajus seorsim committuntur, statim liquet, Cajum registratum prævalere Sempronio non registrato, ac ita Cajum primo loco, pupillum secundo, Sempronium tertio loco esse collocandum. Tu dices; Caji debitum potest esse majus quam Sempronii: proinde si Cajus tertius primum occupet locum, poterit absorbere pecunias consignatas, ut pupillus nihil, aut non totum consequatur, qui haberet totum, si primus mansisset Sempronius, ob modicum ejus creditum. Sed ex eo, quod diximus, pupillo non præjudicari illorum conflictu, dicendum ita; Cajum auferre pecuniam Sempronio competentem, & si plus ipsi debeatur, hoc post pupillum exacturum; Sempronius plane post Cajum veniet. Quam facilis & frequentis usus hæc res sit, apparet: quanquam rei judicatæ exemplum meæ memoriæ non occurrit.

30. Sed hæc species illi non dissimilis accidit apud Curiam. Concursus erat creditorum *T. Stonbrinkii* pastoris Tzummariensis. Primus in ordine collocatus erat a Commissario Curiæ patronus pagi, cujus res *Stonebrinkius* administraverat. Secundus, Vir Ampl. *Matthæus Idsinga.* Tertio loco, *Catharina Deinema*. Cumque secundus acquiesceret, Tertia contra Pagi prælationem appellando obtinuerat. Appetebat igitur primam pecuniam, sed obstabat *Secundus*; tu non potes, ajebat, ante me, cum ego tibi prælatus sim, nec tu me viceris, vel contra me appellaveris. *Illa*; sum prælata pago, Pagus tibi præfertur, ergo & ego tibi; per supra dictam regulam; *vinco te, quia vinco vincentem te*. Apparebat duplex hujus quæstionis latus. Primum sic erat; secundus pati debet, ut creditum pagi ante se percipiatur, quia non appellavit a prælatione pagi; nec potest impedire, quominus Tertia præcedat pagum, & fructu victoriæ suæ potiatur. Tum pagus adhuc manet ante Secundum, quia prælatus est, nec appellatum est. Alterum latus sic adspiciebatur; tertia contra pagum obtinuit, & fecit, ut hic primum locum amiserit, & sibi postposita sit. De jure Secundi non fuit quæstio, nec Tertiæ dandum est, ut illum transiliret, quod nec petiit. Amoto igitur pago & Tertiæ postposito, Secundus fit primus, quia prior est Tertia, & qui ipsum præcedebat Pagus, post tertiam sepositus est. In hanc sententiam utrinque disputabatur: sed cum ad sententias ventum esset dicendas, & jam ex XI. suffragiis quatuor Secundum primo loco, tria suffragia Tertiam secundo anteposuissent, dubiusque litis eventus esset, partes transegerunt, ante ferias *O. S.* 1680. Verum ex collectione præcedentis definitionis nihil rectius videtur, quam ita statuere. Cum appellatio inter primum & tertiam ventilata fuerit, ejus decisionem Secundo non potuisse præjudicare, neque lucrum ipsi, neque damnum inde potuisse augeri: manebat ordine secundus. Tertia vicerat Primum; Auferat

ferat igitur ejus pecuniam ad concurrentem sui crediti. Si quando summa Primi major sit quam creditum Tertiæ, primus reliquum capiet ante Secundum. Si vero Tertiæ plus debeatur quam Primo, reliquum ipsa capiet post Secundum: hujus enim jus integrum & intactum manet, quasi appellatio non intervenisset.

31. Cum hæc apud Curiam ex ratione & analogia Juris disceptarentur, nemini, quod sciam, erat in memoria lex *Claudius Felix* 16. *hoc ipso tit.* ubi Paulus speciem fere in terminis eandem refert, & dein quæstionem proponit his verbis, *Quærebatur, utrum tertius creditor*, qui superaverat primum, *Turbonem*, secundum, *superare deberet*, an primo *remoto. Turbo Tertium excluderet*. Conclusio hæc est; *Sine præjudicio prioris sententiæ totum jus alii*, Secundo, *Creditori integrum relinquitur*. in fin. *L. Ita, ut res inter alios judicata, alii neque prosit neque noceat*, dixerat antea. Satis ita in sententiam a nobis expositam: sed præmissa vix convenire videntur: negat enim, *Tertium creditorem successisse in ejus locum, quem exclusit*, paulo ante finem, Et in *medio* rursus, *Fuerunt qui dicerent, Tertium creditorem potiorem esse debere; mihi nequaquam hoc justum esse videbatur*. Quod tamen nos in superiori specie fieri debere posuimus. Sed inter facti species Pauli & nostram hoc interest; Paulus agit de actione quam singuli habent inter se, nos de officio judicis, qui omnium concursum regere debet. Ponatur igitur in eodem casu Tertia, quæ vicit Primum, non victo Secundo; hunc Secundum possidere pignus. Primus agit contra ipsum; hic Primo cedere debet, nec dicere potest; Tu victus es a Tertia, quare & me sequi debes, *non potest uti exceptione rei inter alios judicatæ*, ait Paulus. Pone rursus: Tertia agit adversus Secundum; non obtinebit, non erit potior, eo quod primum vicerit; *successit in locum primi, quem exclusit*, sine respectu Secundi; huic illud judicatum non nocet, Ergo res manet suo loco. Sed Primo agenti contra Secundum, Tertia vi judicati sui pecuniam auferet. Primo autem non agente, ne res in confusione subsistat: Tertia petere potest a judice, ut is rem pignoratam distrahat, pecuniamque secundum ordinem distribui curet; atque tum ipsa pecuniam Primi vi sententiæ auferet. Secundus locum suum retinebit, ut *superius* dictum, ac ut Paulus in eventu concludit.

32. Videtur adhuc alia dari species exceptionis, propria locis, cujusmodi pleraque sunt, in quibus obtinet regula, *quod mobilia non habeant sequelam*; ubi de re mobili non datur actio adversus tertium hypothecaria. Proinde quamdiu res mobiles pignoratæ sunt apud debitorem ejusve hæredem, nihil in illis obtinet singulare; quatenus vero sunt in manibus tertii, creditor alius, etsi tempore posterior, rem a possessore non potest avocare; quod in iis, inquam, locis, ubi prorsus contra tertium cessat hypothecaria, de quibus antea dictum, non habet dubitandi speciem. Sed ubi jus civile de hypothecaria in res mobiles, ut heic locorum, non est obsoletum, temporis ordinem æque in illis, ac in rebus soli valere, consentaneum est, secundum *L. 9. in pr. l. 11. §. 2. & pas. in h. t.* Quamvis autem hoc jus sit liquidum, usus tamen ejus, etiam apud nos, perquam rarus est, nec temere creditorem, qui rem mobilem pignori teneat, in concursu creditorum ad eam rem consignandam adigi videas: magis, ut videtur, ob difficultatem res tales indagandi, quam quod juris ratio desit; etsi trapezitæ, quorum hæc est vita credere sub pignoribus traditis pecunias, sine luitione pignora non restituunt, idque magis ex pacto cum civitatibus, quam via juris ordinaria. Possessio alioqui pignoris non magis ab ordine temporis liberat creditorem posteriorem, quam clausula constituti eximit ab illa regula possessorem rei immobilis. Nam & illa verum jus possessionis tribuit creditori, cujus nomine debitor tunc est in possessione, *l. 18. in pr. de Adqu. poss.* ad quem *tit.* ea de re videndum. Sed tamen illa posteriorem tempore creditorem nullo modo eximere potest a necessitate cedendi re pignorata priori creditori, saltem ex ratione juris civilis, quia nusquam ea vis constituti possessorii prodita legitur, ut det prælationem inter hypothecarios. Apud Nautam tamen nostrum hac de re ἐμπαικῶς in Curia disputatum reperio, in causa *Fedde Wybrants*, contra *pauperum curatores Harlingensium*. Feddius in distributione pecuniarum, e bonis debitoris communis redactarum postpositus, curatores pauperum conveniebat, tanquam possessores rei, quæ ipsi cum clausula constituti erat obligata, munitus responsis duorum juris antecessorum, ut Nauta refert; qui moti esse potuerunt *l. ult. C. de Adqu. Poss.* quæ omnibus jus possessionis antiquius habentibus, si non possideant, vel per alium

alium quemcunque possessio interversa sit, dat condictionem rei, perinde ac si res ipsis erepta fuisset, idque remedium iis, qui constitutum possessorium habent, æque tribuendum videtur. Sed dicendum est, hoc ita competere, nisi alius possessor, qui rem tenet, docere queat, se habere jus melius; quod efficeret, ut creditor habens constitutum, & ipse rem possidens, si tempore posterior esset, hypothecaria conveniri posset, ut diximus. Non est tamen nihil commodi in ejusmodi constituto, quamdiu non accedit alius, meliori jure præditus, *ut paulo inferius occurret n.* 35.

DE CONCURSU PARIUM ET PERSONALIUM.

XXXIII. Pares tempore, paris esse juris inter se; paulo secus contra tertium. XXXIV. Eum tamen, qui possidet pignus, pari tempore præferri. XXXV. Etiam qui clausulam Constituti habet. XXXVI. Legalem hypothecam hac parte nihil habere præcipuum ubi ad Edictum Ordd. Frif. d. 22. Febr. 1656. *XXXVII. Creditores defuncti & heredis non confundi. XXXVIII. XXXIX. XL. De Concursu Personalium.*

33.(q) Regulæ, qui prior est tempore, potior est jure, consentaneum est, eos, qui tempore sunt pares, in rem pignoratam paris esse juris, *l.* 20. §. 1. *de Pignorat. act. l.* 7. §. 1. *h. t. l.* 10. *de Pign.* & concurrere pro quantitate & proportione debiti. *l.* 16. §. *si duo.* 8. *d. t. de Pignor.* Quod si hoc actum sit, ut singulis in solidum res obligata sit, adversus possessorem ita possunt agere; si minus, unusquisque pro parte sui debiti agit. *d. l.* 16. §. 8. Quid hoc autem, an priore casu in plus quam sibi debetur agent singuli? Non potest fieri: sed hic est sensus, ut in hac specie, putem. Res possessa valet mille ducentis florenis. Creditori primo debentur mille. Secundo bis mille. Quando concurrunt, vel inter se contendunt, Secundus duplo plus ex pignore, quam Primus habebit. Ubi vero seorsim agunt, iterum distinguitur; aut diversis temporibus, licet eadem die, pignus acceperunt, vel simul unoque actu. Priore casu, singuli agunt in solidum, non excluso tamen ordine temporis, si alter se priorem fuisse docere queat, ut recte ad hunc locum Accursius. Si vero simul unoque actu pignus acceperint, pro partibus agent, nisi id specialiter actum sit, ut pignus in solidum singulis teneatur. *d. l.* 16. §. 8. *de Pignor.* hæc refer ad *num.* 21. *in fin.*

34. Quod si alter suum debitum, vel pignus in solidum consecutus sit, & possideat, an cum altero tempore pari ad communicandum cogi poterit? Non potest, si res in solidum obligata fuerit. *l.* 10. *eod. tit.* Quo pertinet casus in *d. l.* 16. § 8. implicitus: si contigerit, ut duo creditores eodem tempore pignus separatim acceperint, nec constet, uter prior, tunc idem juris est, ut occupantis melior sit conditio, verum si probari possit, alterum fuisse priorem, nihil est in *d.* §. 8. quod prohibeat, eum qui prior est, adversus posteriorem pignus possidentem, agere hypothecaria, quod iterum confer cum *d. n.* 21.

35. Quod diximus, eum, qui possidet pignus, aliis tempore vel jure paribus, anteferri ex *d. l.* 10. locum etiam habet in his, qui rem pignoratam corpore quidem non detinent, sed per clausulam constituti aliquoties dictam, jus possessionis, adeoque ipsam possessionem adepti sunt, *arg. d. l.* 10. juncta *l.* 18. *de Adquir. poss.* & per ea, quæ modo collocata sunt. Nam si constitutum hac parte jus possessionis non præstaret, eadem clausula creditores sequentes impedire non posset, quominus priorem creditorem clausula constituti munitum cogere possent, ut rem pignoratam, eorum, qui jus optimum habent, commodo distrahi pateretur, ut omnes, qui non possident, etsi jure potiores, salvo jure suo, permittere cogi, tralatitium est decerni & observari; dum eos, qui hypothecam constituto possessorio munitam habent, ad hoc, inquam, non cogi, per ea quæ diximus, æque certi juris & observantiæ sit. Meaque memoria sic in suprema Curia judicatum est, in causa *Poppii Gerbrandi*, contra *Arnoldum Hobbema*, *d.* 5. *Novemb.* 1680. idque ad libellum supplicem, ut in re liquida minimeque dubii juris; posteaque non semel in eandem sententiam decerni continuatum est.

36.

(q) *Pos.* 22.

36. Regula concursus ex causa paritatis, habet æque locum in hypothecis tacitis, quam in expressis, quia nusquam differentia, vel prærogativa tacitæ tradita legitur. A. Matth. *d. disp.* 14. *th.* 41. Quo loco memoranda est quæstio frequentis, apud nos, usus: an tacita hypotheca, quæ datur ex Edicto Ordinum Frisiæ, pro jure dominorum in bona colonorum de mercede biennali, reliquis hypothecis, si tempore non sit prior, anteferatur. Verba edicti, *d.* 22. *Febr.* 1656. *Agrorum domini, quibus biennii merces debetur, præferentur IN BONA COLONORUM omnibus registratis Creditoribus, salvo eorundem dominorum jure pro reliquis annis in fructus adhuc in solo hærentes, qui secundum jus scriptum faciunt partem soli, vel ex clausula Constituti, aut registratione locationis instrumentorum. Salvo etiam jure legalium & privilegiatarum hypothecarum, Fisco, pupillis & Creditoribus ad funeralia competentium, quorum jus illo decreto non minuitur aut mutatur.* Quæritur, utrum hac lege domini agrorum pares, an priores hypothecariis communibus facti fuerint, adeoque an fiant privilegiati inter hypothecarios. Mihi sic videtur, eos nihilo plus quam legalem hypothecam adeptos, nec habere hypothecam privilegiatam, adeoque non præferri tempore paribus, nedum prioribus expressam tacitamve hypothecam habentibus. Argumentum est in iis verbis, quibus hypothecis legalibus hoc edicto non præjudicari dicitur. Atqui legales hypothecas simplices, non esse potiores conventionalibus, sæpe dictum, & certi juris est: unde sequitur, dominos agrorum non esse quoque potiores hypothecis communibus expressis, tempore prioribus. Quid est igitur, quod in Edicto *præferri* dicuntur? *sullen wesen en blyven gepræfereert*, omnibus aliis Creditoribus registratis? Hæc verba faciunt, ne *registrationes*, quæ alioqui vulgares hypothecarios etiam tempore posteriores præponunt antiquioribus, dominis agrorum noceant. Præferuntur creditoribus *registratis* qua talibus, non quatenus illi legalibus hypothecis postponuntur, hoc est ratione temporis. Non consequuntur agrorum domini plus, quam pupilli aliique legales hypothecarii habent, ut est in ipso Edicto; cum autem hi pareant regulæ temporis, ut antea demonstratum est, dominos agrorum eidem subjectos esse debere, manifestum est. Quod autem ad vocem *præferuntur* attinet, hoc quid velit, *supra* judicatum est, omnes enim hypothecarii legales vulgo prælati & privilegiati vocantur, ut in hoc ipso fit Edicto, propterea quod *registrationes*, ex quibus apud nos fere pendet ordo creditorum, illis non præjudicant. Dicat aliquis, agrorum domini quomodo per hoc Edictum fiant hypothecarii, cum nullo verbo illis hypotheca detur, sed privilegium tantum? Respondeo, id primo colligi ex eo, quod lex ait, sanctionem suam pertinere ad explicationem *tit. de Registratione hypothecarum*. II. Ex verbis, præferentur *IN BONA*; qualis directio in BONA; significat *hypothecam*, ad quæ hoc vocabulum specialiter non requiritur, si modo verba immediate ad bona dirigantur. *l. ult. C. quæ res pign.* III. Comparatur hæc prælatio in bona cum Registrationibus, quæ non nisi hypothecis conveniunt. IV. Excipiuntur ab hac constitutione Legales & privilegiatæ hypothecæ, exceptio autem de regula esse debet. Ex his rationibus si qua sola minus valide videatur, pariter conjunctæ nullam recipiunt dubitationem. Non semper Edictorum scribæ rationum juris gnaro utuntur stylo, ut plerumque videmus, etiam in hoc Edicto; dum hypothecam in fructus agri Dominis competentem, restringit ad fructus in solo pendentes, cum sine dubio ad omnes extantes, etiam a solo separatos, pertineat, *arg. l.* 7. *In quib. caus. pign. tac.* juncta *l.* 22. *D. de R. V.* licet idem scriba juris peritiam ostentare voluerit, dum verba *l.* 44. *ff. de R. vind.* per parenthesin Edicto, præter & contra usum rei, inferenda putavit. Idem ex clausula constituti jus hypothecarium nasci opinatus est, æque, ut *supra* vidimus, alieno a jure sensu. Verum id, de quo agitur, privilegium, solummodo ad prærogativam registrationis amoliendam spectare, docet Edicti præfatio, quæ constitutionem hanc ad explicationem *articuli* 2. *de adnotationibus hypothecarum lib.* 1. *tit.* 10. *Statutorum* pertinere, adfirmat; certum igitur esto, dominos agrorum cum ipsa biennii mercede, non præferri creditoribus hypothecariis tempore prioribus, sive *registratis* sive non *registratis*. Atque hæc de concursu quorumvis hypothecariorum, ad præsentem titulum sufficiebant.

37. Verum in eodem contextu solet agi de privilegiis inter PERSONALES, quorum alioqui tractatus *ad tit. de Re Judicata*, cui subjicitur hæc observatio, pertinebat. Nos a re-

recepto more non recedemus, sed prius hoc monebimus; quæ hactenus de ordine creditorum hypothecariorum exposita sunt, habere locum in creditoribus ejusdem debitoris, non inter creditores defuncti & hæredis; etsi hæres eadem cum defuncto persona, juris & potestatis ejusdem censeatur. *l.* 59. *de R. J.* Sed ut hypotheca ab aliquo in omnibus suis bonis constituta, non afficit res hæredis ejus, ita nec ordo creditorum defuncti aut hæredis, alterius creditoribus præjudicat; verum posterioris defuncti creditores in res ejusdem defuncti, prioribus hæredis creditoribus, etsi *registratis*, præferuntur, & creditores hæredis in hujus bona, præcedunt defuncti creditores hypothecarios, etsi antiquiores atque registratos, ut Sandius *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 12. docet. Primo auditu ratio juris aliter ferre videbatur, ea quam dixi, de unitate defuncti & hæredis, item quod hæredis creditores sub generali hypotheca res etiam futuras habuerunt, *l. ult. C. Quæ res pign.* adeoque res quoque hæreditarias: unde in concursu cum quibuslibet creditoribus ordo temporis aut registrationis spectandus videbatur. Verum illa potior est ratio, quod hypotheca fit jus in re constitutum, quod semel in bonis defuncti stabilitum a certis creditoribus, deinde ab aliis eximi aut præoccupari non potest; cui adde quod diximus *ad tit. de Pignor. n.* 6.

38. (r) Quando nulli creditores hypothecarii plane, aut non amplius reperiuntur, creditores personales admittuntur, non immediate in res aut bona debitoris, vel adversus tertium possessorem, sed mediate, actione personali, & occasione rei judicatæ; quo sensu de personalium concursu agitur in *l.* 17. *& seq. de Reb. auct. jud. possid.* Ad hos autem regula temporis non pertinet, *l.* 12. *de Reb. auct. jud. possid.* quia per obligationem nullum jus rebus imprimitur; sed persona dumtaxat tenetur ad dandum vel faciendum. *l.*3. *in pr. de O. & A.* Sunt tamen quidam in hoc ordine privilegiati, quos inter primus omnium Fiscus numeratur a cunctis Interpretibus. D. Ant. Math. *d. disp.* 14. *de Jufic. th.* 46. *&* 50. Sed usum ejus privilegii distinctum ab hypotheca tacita, in citatis ab illo textibus non reperio. *l.* 8. *& l. ult. h. t. l.* 28. *de Jur. Fisc. Tot. tit. C. de Jure Fisci.* Fiscus habet semper hypothecam in bonis debitorum suorum, *l.* 46. §. 3. *de Jur. Fisci.* pœnis tantum exceptis; sed in his privilegium habet nullum, *l.* 17. *& l.* 37. *de Jur. Fisc.* ubinam igitur est privilegium ab hypotheca distinctum? Quod si ratione legalis hypothecæ Fiscus inter chirographarios privilegiatus sit dicendus, idem in omnibus hypothecariis, qui chirographariis immediato loco præferuntur, obtineret. Quis igitur sit usus ille personalis privilegii, a jure pignoris, inquam, separatus, ut ponitur, ex illis quidem textibus non liquet. Esse tamen aliquos casus, indicare videtur *Lex* 10. *in pr. de Pact.* * qualis, si privato successerit, in futurum. *l.* 6. *in pr. de jur. Fisc.* At hic textus non agit de personalibus, sed de hypothecariis, verbis, *pro anterioribus*. (nam inter personales nullus est anterior) nec privilegium simpliciter dictum, de privilegio inter hypothecarios intelligitur. *l.* 2. *& tit. C. de Privil. Fisc.* Proinde lex 10. *de Pact* vel de expressa hypotheca sit capienda, vel deinde Fisci personale privilegium per generalem tacitam occupata & absorpta fuit. *d. l.* 46. §. 3. *& toto tit. C. de Privil. Fisc.* Idem de pupillis & minoribus, post *l.* 20. *C. de Adm. Tut.* habeo dicere.

(r) *Pos.* 23. 24. & 25.

* Jure nostro ad quartam classem creditorum † referuntur & privilegio personali fruuntur, 1.) deponentes intuitu depositi voluntarii sive extrajudicialis, a depositario consumpti, *O. P. S. Tit.* 49. §. *nach den Glaubigern.* 2.) alimenta & causæ piæ, quoties hypotheca ipsis non est concessa. *d. Tit.* §. *aller, was zu milden Sachen* j. Carpz. P. 1. C. 28. *def.* 152. & Schilt *ad ff. Ex.* 39. §. 95. 3.) qui sine usuris crediderunt, *d. tit.* §. *wenn auch* Carpz. *l. c. d.* 153. 4.) Venditores in residuo pretii, quoties sibi de hypotheca non prospexerunt. *d. tit.* §. *ingleichen* Carpz. *l. c. d.* 154. eodemque privilegio in foro nostro, præter commemoratos in *Ord. P. Sax.* gaudent, 1.) quibus pecunia pro Cambio soluta. Cambio cum protestatione remisso, debetur Carpz. *dec.* 150. 2.) Sponsa dotem repetens, quam ante nuptias intulit, iis non secutis. *l.* 74. *ff. de iur. dot.* Harim. Pistor. *Obs.* 110. *n.* 1. 3.) Creditores, qui sub pacto antichretico pecunias crediderunt, quia mutuus usus majorem favorem meretur quam usura *o. l.* 1. *ff. in quib. caus. pign.* ita pron. *Fa. Jur. Lips. A.* 1703. *M. Novemb.* 4.) mercatores ex libris mercatoriis (*Buchschulden*) agentes. 5.) qui ad emptionem pecuniam dederunt sine hypotheca eo nomine constituta, Carpz. P. 1. C. 28. *d.* 155. *ubi prej.* 6.) Advocati, Procuratores quibus honorarium, præceptores, quibus minerval debetur. Richt. *de privil. c.* 8. *n.* 9. 7.) qui ad sumptus meratorum, vel 8.) ad redemptionem debitoris pecuniam, *Rantzion-Geld*, dederunt, Carpz. *dec.* 179. Ziegler. *ad Tit.* 49. *Ord. P. S. verb. personale Privilegium gegeben haben. p.* 199.

† Jure vero novissimo etiam hæc quarta creditorum in Saxonia classis penitus est expuncta, omnibusque, qui in prima classe locum non inveniunt, nec pignore aut hypotheca expressa gaudent, nec ante motum concursum per executionem & immissionem jus reale acquisiverunt, pro rata absque discrimine solvendum. *O. P. S. E. J. & E. Tit.* 49.

cere. Nam quod dicuntur esse privilegiati inter personales, ut idem D. Matthæus aliique omnes, in bonis administratorum suorum, recte habet jure Pandectarum. *l.* 19. *& seq de Reb. auct. Jud. poss.* Postquam illis hoc casu data est hypotheca, privilegium illud, aut saltem usus ejus absorptus videtur. Sed Respubl. creditrix, quæ non habet hypothecam in bonis debitorum suorum, omnibus chirographariis creditoribus præfertur, ait *l.* 38. §. 1. *D. eod. tit.* idque de Republ. Antiochensium Cœlo-Syriæ traditur in *l.* 37. *eod.* quæ dicitur hoc habere privilegium *lege sua*, id est ipsi data. Nam alioqui *Reipublicæ causa non separatur a cæteris creditoribus, qui habent personalem actionem*, habetur in *l.* 2. *C. de Jur. Reipubl.* Ex quibus dicendum videtur, Rempubl. non habere privilegium, nisi quod specialiter ei datum, ac ita *d. legem* 38. §. 1. juncta *l.* 37. esse accipiendam, dissentiente licet post Cujacium D. A. Matthæo *d. disp.* 14. *th.* 47. ubi citat *d. l.* 2. quæ diserte habet contrarium ejus quod ipse ponit. *Lex* 3. *C. de Jur Reip. l.* 3. *C. de remiss. pig.* quibus utitur, nihil ad rem faciunt. Sed qui ad aliquid comparandum vel conservandum, sine conventione hypothecæ crediderunt, privilegium inter personales a pignore distinctum habent. *l.* 26. *& l* 34. *d. tit. de Reb. auct. jud. possid.* Idem diserte tribuitur sponsæ, quæ dotem dedit, nuptiis non secutis. *l.* 74. *de Jur. dot. l.* 17. §. 1. *d. t. de Reb auct. Jud. poss.* Postremi, qui pecuniam apud mensam, fide publica deposuerunt (non qui sub usuris crediderunt, vel postea usuras acceperunt) post privilegia cæteris personalibus præferuntur. *l.* 24. §. 2. *d. tit.* Cujusmodi mensas cum his temporibus ita non habeamus, hoc quoque privilegium cessare, manifestum est.

39. (s) Si plures privilegiati concurrant, non est facile dictu, quid sit faciendum, * ait D. Matthæus *d. disp.* 14. *th.* 52. Fisco tamen dari primum locum, censet ex *l.* 34. *de reb. auct. Jud. possid.* ubi dicitur, eum, qui credidit ad navem emendam, fabricandam, vel instruendam, habere privilegium *post Fiscum.* Atqui privilegium Fisci eum ejus hypotheca, nisi ego fallor, coincidit; itaque ex personalibus privilegiatis primus erit, qui ad rem aliquam comparandam, vel salvandam credidit. *d. l.* 34. *in fin.* Postremus locus datur deponenti, nummis absumptis apud mensam. *d. l.* 24. §. 2. Extantibus nummis, idem per rei vindicationem esset ante privilegia, ut ait Ulpianus in *d. l.* 24. §. 2. *in fin.* Quomodo accipienda videtur *l.* 7. §. 2. *Depositi*, quæ, nisi esset ejusdem Ulpiani, contraria *l.* 24. videri posset, etsi Wissenbachius noster nihil in illis videat adversi, ad *tit. ff. Depositi. th.* 17. Hinc sequitur, medium sponsæ locum relinqui. *d. l.* 74. *de Jur. dot.* Nam de pupillorum & minorum loco, cum modo sint hypothecarii, nihil heic laborandum; nec adeo de Republ. quæ non habet alium privilegii locum, quam lege speciali accepit, nec aliter esse privilegiatam, *modo* probavimus. Ac ita privilegiorum ordo tribus illis in summa comprehensis, non videtur habere difficultatem. Quod enim alii famulos famulasque & operarios illis accensent, æquitate sua non caret, juris auctoritatem non habet; ideoque licet usu quarundam gentium non absurde probatum sit, teste Wesenbecio *parat. D. de Privileg Credit.* & Gudelino 4. *de Jure Noviss. cap. ult.* apud nos tamen lege destitutum, nisi ex æquitate voluntaria, non observatur.

40. (t) Remotis igitur vel non extantibus privilegiatis, ** quorum sine hypotheca concursus admodum rarus est, personales promiscue, sine causæ vel temporis discrimine concur-

(s) *Pos.* 26. (t) *Pos.* 27. & 28.

* Secundum observantiam fori Saxonici, omnes personaliter privilegiati, sine discrimine tituli & temporis; pro rata concurrunt, fac. *P.* 2. *C. El.* 28. §. *f* teste Carpz. *P.* 2. *C.* 28. *d.* 140. Berl. *P.* 1. *Concl.* 70. *n.* 26. *seq.* Richter. *de Jure & Priv. Cred. c.* 5. *n.* 9.

** De hac ultima classe chirographariorum & creditorum simplicium, † videri potest *Ord. Pr. Sax. tit.* 40. ex qua notari meretur, eos concurrere omnes, *ohne Unterscheid der Zeit*, pro rata. Præferuntur ipsis autem creditores in quatuor prioribus classibus constituti, sed nostro jure tantum ratione sortis, non ratione usurarum, *O.P.S. d. Tit.* 9. *es ist aber. j. supr. P. II. p.* 76. Secus obtinet 1.) quoties petitur interesse moræ *Dec. El.* 7. Carpzov. *P.* 1. *C. El.* 28. *def.* 164. 2.) in usuris pretii non soluti pro prædio vendito & tradito. *d. Tit.* 40. §. *Dean wenn*, Carpz. *d. l. d.* 167. Id. *l. c. Resp.* 51. 3.) in annuis reditibus. Carpz. *l. c. d.* 169. 4.) in usuris ex dote illata, nec restituta, quia sunt instar alimentorum. Id. *l. c. dec.* 166. 5.) in usuris, quæ debentur piæ causæ. *Dec. El.* 8. aut 6.) a tutore pupillo, in casu *Dec. El.* 9. 7.) si consensus domini in hypothecam feudalem, ad sortem non fuerit restrictus. *Dec. El.* 10.

† Jure novissime nota, nisi adsint debita hypotheca judiciali, eaque ad sortem unice non restricta munita, τοῦ interesse moræ & usurarum, non nisi post omnium sortes solutas haberi rationem. Exceptio est in Interesse rei judicatæ, quod omnibus atque singulis creditoribus, quorum petitio pro liquida declarata est, licet de prioritate aliqua supersit dubitatio, una cum sorte, suo ordine solvendum est. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 50.

currunt. Sub quibus, inquam, & qui chirographo subscripsere continentur, etiam quos hodie licet appellare *librarios*, sive debitores e codicibus mercatorum atque artificum, *Boekschulden*. Quibus etsi doctores quidam privilegium inter creditores tribuunt, A. Matth. *d. disp. th.* 37. verum tamen est, moribus hodiernis, nil, nisi quod probandi vim habeant, illis, ultra jus civile, quo nihil valent, esse tribuendum, idque nec aliter observatur. Concurrunt, inquam, promiscue, nisi personalis simplex privilegiato solvat, quo facto, in jus ejus succedit. *l.* 24. §. 3. *de Reb. auct. jud. possid. l.* 3. *de Bon. cess.* Alioqui sic instituunt personales; conferunt quantitatem pecuniæ ex bonis debitoris redactæ & pro se reliquæ, cum suis creditis, positoque calculo, quantum pro singulis aureis sive florenis confici possit, definiunt, atque tum singuli pro numero florenorum sibi debitorum illam summam capiunt; quæ ratio cum proportione geometrica, quam heic præscribunt Dd. coincidit. D. Matth. *d. disp. th.* 51. Enimvero si personales creditores sententia, & ex illa pignore judiciali potiti sint, ab eo tempore fiunt hypothecarii, & in re pignorata præferuntur. *l.* 2. *C. de Pret. pign.* Cujus pignoris usu fere obsoleto, in multis tamen foris, ut dictum, idem jus ex Arresto secutaque sententia, in quibusdam ex sola quoque sententia sequitur, & adquiritur, ut ad *tit. In quib. caus. pign. tac.* observatum est.

TIT. V.

De Distractione pignorum & hypothecarum.

I. Summa differentia inter pignus & Hypothecam, quod ad distractionem. II. Forma distrahendi, bona fide, & solenniter. III. Pœna Formæ non servatæ. IV. Effectus distractionis, & quando revocari possit. V. Creditorem de evictione non teneri. VI. Jus novum de venditione pignoris, & jure dominii impetrando, ex l. 3. C. de Jur. dom. imp. *& usus ejus. VII. Quid Juris, si posterior Creditor ordinis errore pignus vendiderit.*

(1) Finis contracti pignoris tam in intentione partium inde ab initio, quam in exitu, sive in executione, definit in hoc, ut creditor ex pretio pignoris, si aliter nequeat, adeoque per distractionem, suum consequatur. Modus autem distrahendi aliter in pignoribus proprie dictis, aliter in hypothecis servabatur. In pignoribus, quæ a creditore possidentur, quod juris sit, ex *l.* 3. *C. de Jur. domin. impetr.* exposuimus ad *tit. I. Quib. alien. lic. Pert. I. pag.* 157. *n.* 2. Summa differentiæ inter pignus, quod a creditore possidetur, & hypothecam, cui debitor aut tertius incumbit, in hoc consistit, quod pignus prævia denunciatione vendi possit, *l.* 4. *C. h. t.* Hypothecam debitori possessam ut vendere liceat, præses adeundus, & ab illo peti debet, ut res hypothecæ obnoxia venalis, sive, ut vulgus ait, *executabilis* declaretur. *l.* 14. *C. eod. tit.* Contra tertium vero possessorem hypothecaria agendum esse, constat satis ex iis, quæ ad *primum hujus libri titulum* diximus.

2. (b) Forma distractionis *dict. lege* 3. non abrogata, duobus verbis in *l.* 9. *C. h.t.* præscribitur, *bona fide*, & *solenniter*. Bona fides excludit dolum, *d. l.* 4. *C. eod.* ne res minoris quam valet, per gratiam vendatur, *l.* 3. *C. Si vend. pign. ag.* nec vero dolum abesse sufficit, verum & ea, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a creditore exiguntur. *l.* 14. *de Pign. act.* SOLENNITER, id est, observatis quæ in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt. *l. pen. C. Si vend. pign. ag.* Proinde, ut videtur, auctione publica, non quidem sub hasta necessario, quod non exprimitur legibus, sed proscriptione saltem publica, *d. l.* 4. *C. h.* ac ita, ut constet, non potuisse pluris vendi, *l.* 22. *in fin. de Pign. act.* quod aliter quam auctionis copia publice facta, constare non potest. Ipse creditor, palam aut per alium subornatum si emat, res pro non vendita habetur, *l.* 10. *C. d. tit.* nisi debitor ipse vendere pignus in animum induxerit, *d. l.* 10. vel per judicem fiat distractio. *l.* 2. *C. Si in caus. Jud. pign.* Verum de ordine modoque distrahendi pignoris judicialis, ad *tit. de Re Judicata* tractandum superest.

3. Si contra has regulas facta sit venditio, quod

(a) *Pos.* 1. & 12. (b) *Pos.* 2.

quod quidem actum est non revocatur, sed in creditorem actio in id quod interest datur, *l. 7. C. d. t.* qui tamen si non solvendo sit, ipsa res vendita repeti potest, pretio saltem emptori restituto. *l. 3. C. Si vend. pign. ag.* Quid si emptor idemque possessor doli particeps fuerit? Hoc casu non modo illum ad rem, sed etiam ad fructus & id quod interest solvendum teneri, docet *l. 4. C. eod.* sine pretii mentione restituendi; cujus tamen cum usuris offerendi, meminit *Lex 1. eod.* Ita propter formæ neglectum. Quod si creditor jus vendendi non habuerit, distractio nulla est, & indistincte res ipsa revocatur, *l. 2. C. eod.* quæ tamen usucapionem e tali venditione procedere docet: quod ad caput *de Usucapionibus*, & requisitum tituli referendum. Nonne & pretium hoc casu reddendum? Silet *d. Lex 2.* Sed non est dubium, per *d. l. 1. eod.* intellecto semper, debitorem ad plus quam ipse debeat, emptori restituendum non teneri. *arg. l. 21. §. ult. de pignor.* (c) Quemadmodum etiam si plus sit in pretio pignoris quam in debito, id integrum debitori manere, clarum est; ut & creditori suum jus manere, pro certo habendum, quatenus ex pignore distracto minus quam ipsi debeatur, redactum fuerit. *d. l. 3. C. de Jur. dom. imp.*

4. (d) Venditionem rite institutam debitor impedire non potest, nisi integra sorte cum usuris oblata. *l. ult. C. Debit. vend. pign. impedi. non posse.* Consequenter, venditionis rite factæ effectus est, tametsi venditor dominus non sit, plena dominii translatio, *l. 46. de A.R.D. §. 1. I. Quib. alien. lic.* Proinde, non posse debitorem ita factam venditionem revocare, vel rem venditam recuperare, consentaneum est. Excipit Modestinus, cum posterior creditor a priore pignus emit, quia non tam adquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa pecuniam dedisse videtur, quam proinde si debitor ei obtulerit, nulla est causa retinendi pignus. *l. 6. h. t.* Idem erit, si quis pro debitore fidejusserit, & videat bona debitoris jure pignoris, parvo pretio, ut inde creditori satisfieri nequeat, vendi, sciensque se a creditore de reliquo conventum iri, emit res pignoratas. Cum enim hoc non tam fecerit emendi, quam damni vitandi causa, debitor eum deinceps indemnem præstare paratus, rem recuperare potest. *l. 5. §. 1. eod.*

5. (e) Si pignus venditum dein minime debitoris proprium, sed alieni res dominii reperiatur, creditor, qui jure creditoris vendidit (secus si nomine proprio) de evictione non tenetur, nisi ex promissione, vel ex dolo. *l. 2. C. Credit. evict. pign. non præst.* Verum is, cui profuit solutio pretii, debitor scilicet, utili actione empti conveniri potest, *l. 12. §. ult. h. t.* non in omne quod interest, sed ad pretium cum usuris, habita quoque fructuum ratione, recuperandum. *l. 74. §. 1. de Evict.* Creditor tamen actionem pignoratitiam contrariam adversus debitorem, ex eo, quod rem alienam pignori dedit, præstare cogitur, *d. l. 12. in fine. l. pen. h. l. 38. de Evict.* vel actionem quoque principalem, si necdum solutio & liberatio facta sit, per *dd. ll. & l. 59. §. 4. Mandati.* Quid autem, si emptor rei pignoratæ, pretio nondum soluto, rem intelligat alienam esse, vel fideicommisso aliive subjectam oneri, quod actionem ex empto vel evictionis causa parit, an cogi potest ad pretium, sine cautione indemnitatis, solvendum? Non videtur. Aliud enim est teneri ad emptionem rei alienæ implendam, & damnum evitandum; aliud, contra quem regressus, damno inflicto, sit capiendus. Evitandi damni facultas, re adhuc integra, facilius conceditur, quam regressus adversus eum, qui in qualitate nominis alieni vendidit. Proinde non teneri pignoris emptorem ad pretium prius solvendum, Curiæ Supremæ visum est, in causa Viri amplissimi *A. H. contra Petrum Schotanum, ante ferias O. S.* 1060. Cæterum est ratio, qua creditores evictionis periculum in se redundans evitare possunt, si publico programmate moneant omnes, qui jus aliquod in rem venditam pretendere velint, ut hoc in præsenti exerceant, alioqui postea sileant, de quo locus erit ad *sequ. tit.* agendi *n. 6.*

6. Porro, Justinianus venditionem pignoris creditori non concedit, nisi post biennium a denunciatione, vel sententia judiciali. *l. 3. §. 1. C. de Jur. dom. imp.* Quod hodie nusquam, opinor, observatur. Utique non ad sententiam quod attinet; ubi enim condemnatio super causa principali nexuque pignoris facta fuerit, eis ordinarium executionis tempus ad distractionem perveniri potest. Quod ad denunciationem attinet extrajudicialem, nihil habemus speciale constitutum; ideoque si quis absque sententia pignus vendere cupiat, quid eum a biennio absolvat, non habeo dicere, tametsi non

(c) *Pos.* 4. (d) *Pos.* 5. 6. & 7. (e) *Pos.* 8. & 9.

non ſit vulgatæ praxeos; quia vix aliæ quam judiciales pignorum venditiones inſtituuntur. Plane, quod pactis ſuper ordine diſtractionis & tempore, vel quod *Statuto* placuit, haud dubie ſervandum; ſicut trapezitis apud nos certum temporis ſpatium, intra quod, etiam ſine denunciatione, res pignoratas vendere queant, lege cujuſque civitatis præſcriptum eſt, neque pactionum ex *d. l.* 3. §.1. libertati derogatum legitur. Pignus igitur proprie dictum, cui creditor incumbit, alienari poteſt eo tempore & ordine, quo convenit; ſi nihil convenerit, poſt ſententiam, vel intra biennium poſt denunciationem; quæ tamen, ut dixi, vix eſt in uſu; moris, & niſi fallor, juris eſt, ut, *ſi nihil convenerit, res venum auctoritate judicis exponatur, quam creditor licitando publice emat, ſi velit*, verba ſunt Stokmanni, *deciſ. Brab.* 45. *in fin.* Hypotheca, cujus poſſeſſio non eſt penes creditorem, ſi penes tertium ſit, per actionem hypothecariam inde avocari debet. Si a debitore poſſideatur, poteſt etiam vi pacti occupari & alienari, per *l. pen C. de Pign. act.* ubi, *citra conventionem vel præſidialem juſſionem*, quod pactum executivum vocatur, etſi tutius eſt, præſidialem inſuper juſſionem adhibere, ſic tamen, ut proceſſu ſententiaque opus non ſit, juxta ea, quæ diſſerit Sandius *lib.* 1. *tit.* 12 *def.* 3. Si vero nihil ſuper diſtrahendo convenerit, ſententia omnino opus eſt, tam ſuper debito principali, quam addito, rem pignoratam propter eam executioni obnoxiam fore, ſicut in *hujus capitis initio* dictum eſt: de vi pacti, ne liceat alienare pignus debitori vel creditori, actum eſt, quod ſufficiat *ad tit. de Pignoribus.* Quod ſi pignus proſcriptum non inveniat emptorem, dominium ejus a Principe poſſe impetrari, docet *d. lex* 3. *C. de jur. dom. imp.* ſed obſervantia valde prolixa atque moleſta, cujus ſummam retulimus *ad tit. Inſt. Quib. alien. non lic. n.* 2. Heic ea repetere, vel plenius commemorare non libet, inprimis quia nullius uſus eſſe videtur; nec enim quiſquam hodie tantum dominii impetrandi circuitum inſtituet, cui in promptu eſt, per judicem facere venditionem, quo caſu jure civili quoque creditor ipſe, pretio qualicunque rem comparare, dominiumque irretractabile conſequi poteſt, ut ſuperius demonſtratum eſt. Quid ſi mos ſit alicubi, creditoribus addicere dominium pignoris per judicem, ſi debitor poſt trinam citationem contumaciæ reus peragatur, valetne conſuetudo? Nequaquam, ut recte judicatum refert Stokmannus *deciſ.* 95. Et, ſi quis apud nos ita ſuum *Intendit* ſive libellum adverſus contumacem concludat, non modo rejicietur, ſed & mulctari poſſe videtur. *arg. l. ult. C. de Pact. pign.*

7. (f) Fit aliquando, ut res pignorata vendatur ab eo, qui non habet jus vendendi, ordinis errore; quæritur, quo pacto creditori ordine juris priori, ſed executione prævento, conſulendum ſit. Adverſus emptorem ſane nulla perſonalis actio competit, quia nullum obligationis vinculum intercedit; nec utilis hypothecaria datur, ſi pecunia non extet; ne quidem ſi dolo fecerit, tenetur furti, aut ad exhibendum, qui jus ſuum perſecutus eſt, nec rem alteri, qui non poſſedit, eripuit. Ergo nihil reliquum eſt, quam ut ipſam rem pignoratam hypothecaria perſequatur, ut Papinianus ediſſerit in *l.* 1. *h. t.* & *l.* 17. *C. eod.* Verum ſi pecunia adhuc extet, utilis hypothecaria vi prærogativæ temporis dabitur in emptorem; Quin etiam ſi conſumpta ſit pecunia, modo creditor proteſtatus ſit, ut probat Sandius 3. 12. 27. *in pr.* Imo etiam adverſus creditores poſteriores, qui ipſam rem diſtractam non poſſident, ſed pecunias accepere ſub cautione reſtituendi, *ſi quis alius meliori jure præditus deinceps emergat*, etſi non ſit proteſtatus, per ea, quæ tradit Sandius *d. defin.* 27. & quæ nos diximus ad *tit. de pignor. n.* 14. In quem finem ſolet peti inſertio in ordinem creditorum juſto loco, cujus vi poſterior proximus, ad nummos reſtituendos priori condemnatur.

(f) *Poſ.* 3.

TIT. VI.

Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

I. Sorte soluta, tolli pignus, ubi & solutum fuerit id, pro quo hypotheca non erat data. II. Idem in aliis modis quibus sors ipso jure deberi desinit. III. Idem ubi per exceptionem. IV. De remissione Pignoris expressa. V. De tacita. VI. Casus, quibus sola Creditoris scientia sufficit ad amissionem pignoris, ubi de programmate. VII. De oppignoratione volente Creditore alii facta. VIII. De confusione. IX. De rei interitu. X. De tempore. XI. An juri luendi praescribatur.

(a) DEfinit, ut par est, tractatus de *pignoribus*, in modis quibus finitur, qui vel per consequentiam principalis obligationis, vel per & propter se committuntur. Priore figura solvitur pignus & hypotheca vel ipso jure, vel per exceptionem. Ipso jure per solutionem, acceptilationem, novationem, contrarium consensum. Solutioni, de qua *lex* 6. *h. t. in pr.* aequiparatur oblatio ac consignatio sortis debitae, per *l.* 1. *C. Qui pot. in pign. l.* 9. *C. de Solut.* Debet autem solvi offerrive totum quod debetur, etiam pro quo pignus non fuit obligatum, ut novissime constituit Gordianus in *l. un. C. Etiam ob chirograph. pecun.* ubi; *At si in possessione pignoris constitutus fueris, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris.* Proinde si usura quoque sortis debitae non solvatur, etsi pignus ob eam non fuerit obligatum, dubium non est, quin & ob usuram chirographariam ejusdem pecuniae, pignus retineri possit, ex illa Gordiani sententia. Nam haec juri veteri, quo *soluto eo, propter quod pignus obligatum erat, locum habebat pigneratitia*, *l.* 11. §. 3. *de Pign. act.* perspicue derogavit, etsi aliter Wissenbachio nostro, aliisque ab eo citatis *ad tit. de pign. act. th.* 16. videri, non ignoramus: quorum rationes ulla ratione fretas videre non possumus. Verba Cujacii; *Non est cur potius ob usuras chirographarias denegemus pignoris retentionem, ut probat etiam*, ait, *l.* 4. *C. de Usur.* (quam ego potius ad jus vetus retulerim) *quam ob sortem chirographariam; nam odium usurarum, quod Interpretes isti rei adfingunt, jure Civili nullum est*, *lib.* 19. *obs.* 27. ubi tamen rursus ab illa sententia desciscere videtur. Mihi difficile est aliter docere, quam intelligere queam, nec intelligere datur, retentionem pignoris esse licitam propter debitum plane diversum, & non esse licitam propter accessionem ejusdem debiti, pro quo pignus est obligatum. Frustra aliquis objecerit, novum jus non esse derogatorium antiqui per consequentiam, sed quatenus expressum est. Nec enim est consequentia, dicere, eum qui jus dat retinendi pignus ob pecuniam sine pignore debitam, hoc non negare propter usuras sine pignore debitas; cum haec utique pecunia sit optimo jure debita. Brunnemannum miror hoc quaesitum reliquisse intactum *ad. d. l. un.*

2. Porro acceptilatione & novatione solvi pignus, docet *lex* 11. §. 1. & 2. *de pign. act.* sub exceptione, nisi convenerit, ut repetatur hypotheca, vel pignus maneat, *d.* §. 1. idque sive novatio fiat per delegationem, *l.* 18. *de Novat.* vel sine illa, *d.* §. 1. secus tamen est in actione vendita. *l.* 8. §. 1. *h.* (b) Contrario consensu obligatione principali sublata, pignoris obligationem, ut accessoriam, pariter tolli, nihilo magis dubium est. *l.* 9. §. 3. *de pign. act. l.* 3. *C. de Luit. pign.* Quid igitur est, quod Gordianus in *l.* 2. *C. de Luit. pign. Intelligere debes*, inquit, *vincula pignoris durare, personali actione submota*: itane infinita oratione? Non proposuisset absolute Tribonianus ex Gordiani rescripto hanc sententiam, quae adversatur certissimo juris principio, nisi speciem, ad quam ea pertinet, praecedentis quaestio legis suggereret. Est autem haec ejusmodi. Debitori sub pignore, duo haeredes extiterunt; singuli actione personali tenentur pro portionibus haereditariis, actione hypothecaria in solidum, *quatenus possident*. Et ideo si unus solverit pro sua parte, tolletur quidem omni jure actio personalis, hypothecaria non item, ut in *d. l.* 2. Illa ergo non tenetur, hac tenetur; licet extincta principali; cum enim possideat rem a defuncto pignori obligatam, quamdiu illud debitum non est plane solutum, res a defuncto obligata manet hypothecae subjecta, etiam pro parte alterius haeredis. Cujacius 5. *obs.* 32.

(a) *Pos.* 1. & 12. (b) *Pos.* 2. & 9.

obs. 32. qui addit, vix aliud inveniri exemplum, quo omni jure summota principali, manet hypothecaria, quod fit, ait, propter individuam pignoris causam, quæ dicitur in *l. Rem.* 65. *de Evict.* tu vide tamen Gothofredum *ad d. l.* 2. neque prorsus exemplum, quo actione principali extincta supersit hypothecaria, deesse videbimus *ad tit. de Usucapion* quod jam præsumi potest ex *posit.* 8. *& seqq.*, *ad d. tit.* Hisce prædictis consentaneum est, per confusionem & compensationem principalis debiti, pignus & hypothecam pariter & ipso jure extingui, *d. l.* 9. §. 3. *& l.* 11. §. 2. *& seqq. de Pignor act.* junctis iis, quæ *ad tit. Inst. Quib mod. toll. obl.* exposita dedimus.

3. Secundum hæc, quibus modis per exceptionem tollitur obligatio principalis, iisdem pignus per consequens finiri intelligitur. Pacto igitur de non petendo, *l.* 5. *h.* juncta *l.* 17. §. 2. *de Pact.* (1) Jurejurando ab adversa parte delato, & re judicata, *l.* 13. *h. t.* & si qui sunt alii per exceptionem tollendæ obligationis modi, de quibus ut heic *alibi* dicta repetantur, nihil ad rem attinet. Quotiescunque enim sors remittitur, pignus quoque & hypothecam remitti necessum est. *l.* 129. §. 1. *de R. J.* Quid autem si remissio sortis fit inutilis? Adhuc remissionem pignoris consistere, traditur in *l.* 1. §. 1. *h. t.* nisi causa inutilitatis ad ipsum quoque pignus pertineat, quomodo accipienda *Lex* 5. *C. de Remiss. pig.* Subjicit Thomasius.

S C H O L I U M.

Ut si minor remiserit sortem, aut creditor alius dolo vel metu inductus sit. Adde Brunnem. ad d. l. 5. *Locum igitur hic habebit regula, Si actus meus non valet, quantum valere volo, valeat in quantum valere potest.*

His convenienter, ubi quis officii ratione semetipsum resque suas obligaverit, officio finito, pignus & Hypotheca similiter finiuntur, secundum ea, quæ ad *tit. de Exerc. act.* *n.* 4. 5. 6. dicta sunt in *Part. II. Prælect. pag.* 442. *seq.* & occurret in hac parte locus *infra* commodior.

4. Modi ad ipsum pignus vel hypothecam pertinentes, sunt iidem fere, quos de servitute habuimus ad *tit. Quib. mod. servit. amitt.* Remissio, confusio, rei interitus, & tempus. Remissio, ut illic fuit, heic etiam est expressa vel tacita. Expressæ exemplum habes in *l.* 8. §. 1. *h. l.* 23. *C. de Pignor.* Sed est notabile discrimen, quod servitus pro parte indivisa remitti non potest. *l.* 34. *in fin. pr. de S. R. P.* Pignus & hypotheca possunt. *l.* 8. §. 3. *h. t.* Atqui pignus & hypotheca non minus quam servitus indivisam habent causam. *l.* 65. *de Evict.* Videamus igitur, quoad usque pateat effectus convenientia, & differentia. Servitute pro parte remissa, partis tamen alterius domino totus fundus & omnes ejus serviunt partes; *d. l.* 34. Sic etiam quando hypotheca pro parte indivisa remittitur, alter quamlibet rei pignoratæ partem hypothecaria petere potest; qui autem remisit suam partem, nihil petendum habet. *d. l.* 8. §. 3. Plane sic etiam qui pro sua parte servitutem remisit, eam ipse, aut hæres ejus exercere nequeunt, ut ex *d. l.* 34. in verbis, *servitutes pro parte retineri placet*, colligitur. In hoc adeo definit discrimen. Servitutis exercitium, quo alter dominus, qui non remisit, eam retinet, per totum prædium æqualiter diffunditur. Pignoris persecutio, quæ in distractionem tendit, non potest operari ultra modum debiti principalis. Proinde cum alter suam partem remisit, pars altera dumtaxat ab eo qui superest peti potest, pars dimidia cujuslibet, inquam, partis, ut est in *d. l.* 8. §. 3.

5. (c) Tacitæ remissionis variæ sunt species & argumenta. I. Qui pignus sibi traditum debitori reddidit, de remittendo jure pignoris pactus videtur. *l.* 3. *de Pact.* non obstante *l.* 9. *C. de Remiss. pig.* ad quam responsum dedimus *tit. de. Pact. n.* 3. *sub fin. Part. II. pag.* 114. II. Quando convenit, ut loco pignoris fidejussor daretur, a pignoris obligatione recessum videtur, *l.* 5. §. 2. *h. t.* cum alioquin oblato fidejussore vel alio pignore, non habeat necesse creditor ab hypotheca recedere. *l.* 6. §. 1. *h.* juncta *l.* 9. §. 3. *de Pign. act.* III. Per alienationem pignoris consensu creditoris factam, *l.* 4. §. 1. *h.* nisi alienatio effectum non habuerit. *d. l.* 4. §. 2. *l.* 7. *in pr. & l.* 8. §. 6. *D. l.* 4. *& l.* 10. *C. de Remiss. pign.* Scientia creditoris cum res alienaretur, non sufficit, *d. l.* 8. §. 15. *& l. ult. C. d. tit.* cogitavit enim creditor quod res erat, pignus cum onere suo alienari. *l. un. Rem. alien. gerent.*

6. (d) Excepti sunt aliqui casus, quibus scientia sufficit. I. In favorem libertatis, si servus pignori obligatus, sciente creditore, manumissus. *l.* 1. *C. de Remiss. pign.* II. Si Fiscus sub hasta rem pignoratam vendiderit. *l.* 8. *C. eod.* III. Si creditores de venditione facienda pro-

(c) *Pos.* 10. *&* 6. (d) *Pos.* 7.

(1) *An, per pactum ne debitum petatur hypotheca ipso jure liberetur, an ope exceptionis tantum, merito dubites. Consule Clariss. D. Noodt* probab. jur. lib. 4. cap. 10. item lib. sing. de pact. & transact. cap. 11.

programmate admoniti, cum essent præsentes, hoc est in eadem provincia, jus suum executi non sint. *l.* 6. *C. eod.* Cujusmodi programmata ingenti usu commendare se videntur, ad evitandum periculum, quod emptores sæpissime ab evictionibus hypothecariis experiuntur: quod si programmate, venditionis tempore publicato, possit anteverti, nihil facilius utiliusque videtur. Enimvero non sufficere programmata, quibus venditio facienda proscribitur, qualia apud nos in venditionibus rerum soli perpetuo in usu sunt, verum in hoc illa specialiter esse dirigenda, ut creditores hypothecarii admoneantur, quo veniant, actionemque, si quam habere putent, in hanc rem instituant, docet textus in *d. l.* 6. Mirari liceat, cum hæc res sit liquidi juris civilis, in Frisia juris Romani liberalissima, nullum ejus instituti usum, quod mihi quidem unquam auditum sit, frequentari. Alibi tamen (in Hollandia quoque) servatur, impetrata citatione generali, de qua diximus *ad Tit. de in jus voc. n.* 13. *Part. II. pag.* 84. cum hoc effectu, ut creditores intra certum terminum venire cogantur, creditumque suum probent, aut perpetuum sileant, ut docet Gailius *l.* 1. *obs.* 57. *n.* 7. quod alibi *remedium purgationis civilis* appellant, Schachias *de Judic. l.* 1. *c.* 34. *n.* 17. novissimeque Stockmannus *decis. Brabant.* 115. *& seqq.* ubi duas habet exceptiones; I. Non sufficere generalem citationem per *programma*, in eorum, quorum actio nota est, vel esse potuit, præjudicium, qui nominatim citandi fuerint. II. Non præjudicari per tale programma possessoribus, sed his tantum, qui *prætensionem* sine possessione habent. Est alia in eo ipso textu exceptio; si creditores *absint*, hoc est, in diversa sint provincia, ut absentes in jure sumi, constat ex *l. ult. C. de longi temp. præscript.* Usus populorum hæc programmata produxit ad quælibet jura pariendæ actioni comparata; veluti ad beneficium inventarii, ad fideicommissa, & id genus alia. Sic enim ajunt; *Remedium purgationis civilis ideo comparatum esse, ut tuti reddantur emptores & novi possessores rerum, quas de novo adquirunt, & excludantur, si qui postea agere volent & jus aliquod sibi adserere contra possidentes*, verba Stokmanni *d. Decis.* 115. Si quis apud nos programmatis hujus usum, nullo Statuto abrogatum, sibi negari non posse petenti crederet, de quo nihil habeo dicere, latius tamen, quam ad creditores hypothecarios in provincia agentes, ex *d. l.* 6. produci non posset.

7. (e) Præterea sciendum, oppignorationem alii consensu creditoris factam, ad solvendum pignus, quidquid alii argutentur, sufficere. * Sic enim est in *l.* 12. *in pr. h.t. Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse.* Quin si instrumento, in quo tertio pignus obligabatur, addito, rem nulli alii esse devinctam, subscripserit, suum jus pignoris amittit. *l.* 9. §. 1. *h.* Verum est tamen, non semper novo creditore dimisso, veterem penitus excludi; sed videndum esse, quid actum sit; *Utrum, ut discedatur ab hypotheca in totum, an ut ordo servetur, & prior creditor secundo loco constituatur. l.* 12. §. *si tecum*. 4. *Qui pot. in pign.* Quod si quis in dubio ex consensu oppignorationis alii faciendæ præsumendum putet, etsi textus id non ferat, minus tamen repugnem.

8. Hæc de remissione juris pignoratitii. Confusio, quam secundo collocavimus loco, præter eam, qua jus debiti & crediti principalis coincidunt, heic est, quando creditor dominium pignoris adquirit emendo similive titulo, *l.* 9. *in. pr. h. t.* ubi duo creditores rem pignoratam ementes prærogativa temporis aut privilegio contra se invicem uti non possunt. Possunt huc etiam referri casus, quibus causa pignoris ad dominium redit, veluti, cum emphyteuta fundum vectigalem pignori dedit, isque non soluto vectigali, ceciderit in commissum. *l.* 31. *de Pign.* Idem erit, si usufructuarius suum jus oppignoraverit, *l.* 8. *in pr. h. t.* eodemque pertinet, si creditor pignus pignori dederit; extincto enim jure creditoris primi, secundum in eo confunditur. *l.* 1. *& tot. tit. C. Si pign. pignor. dat.* Unde liquet, non esse tam tutos, quam videntur sibi, illos, quia trapezitis (hi frequenter id agunt, quando cunctis pignoribus de suis nummis impares sunt) qui ab iis, inquam, accipiunt pignora apud ipsos deposita, quæ custodiant, creduli, non posse malum nomen fieri, cujus pignori incumbunt: si enim trapezita solutione si-bi

(e) *Pos.* 8.

* Jure Sax. Elect. creditor in ulteriorem oppignorationem consentiens, non jus hypothecæ, sed tantum prioritatis, remisisse censetur. *O. P. S. Tit.* 45. *Darum wollen wir.* Carpzov. *P.* 1. *C.* 18. *d.* 131. Harm. Pistor. *l.* 3. *qu.* 16. j. Mencken. *Contr. Jur. Civ. Disp. VIII. th.* 19. Eodem Jure jus pignoris non creditur expirare, quoties prædium, in quo creditor hypothecam habuit, sub hasta fuit venditum, nam licet tum rem ipsam non amplius afficiat, Carpz. *Resp.* 32. Id. *P.* 1. *C.* 28. *d.* 13. ex pretio tamen, secundum prærogativam ordinis & temporis, creditori satisfaciendum est, *Dec. El.* 30. Philipp. *ad eand. obs. unic.*

bi facta foro cedat, alter pignore simul & pecunia sua privatur.

9. (f) Tertio, finitur jus pignoris interitu rei pignoratæ, quod res ipsa loquitur, *l.* 8. *in pr. h. t.* quo sane etiam emphyteuseos & ususfructus finiti, cum pignori dentur, exempla referri possunt, ut fit in *d. pr. l.*8. Mutatione rei non finitur pignus; quippe manet hypotheca, licet de domo factus sit hortus aut vinea, *l.* 16. §. 2. *& l.* 29. §. 2. *de Pignor. & Hyp.* nisi talis sit mutatio, quæ dominii quoque interitum inferat, ut si ex ligno pignori dato, facta sit navis, *l.* 18. §. *pen. de Pign. act.* (2) Multo minus finitur pignus, si res, pro parte sublata sit, quo pertinet, si domus combusta vel destructa fuerit, area quippe tenebitur; est enim pars ejus. *l.* 21. *de Pignor. act.* Proinde si domus a debitore restituta sit, manet in ea pignus, quod fuit, *l. ult. de Pignor.* nec aliter, si tertius bona fide restituat ædificium, salvis ipsi impensis in materiam & mercedes fabrorum factis. *l.* 29. §. 2. *eod. tit.* Ratio non est obscura, & alibi tractata; quod jus soli trahit ædificium. *d. l.* 21. *de Pign. act.* Quæ ratio cessat in ædificiis alieno solo impositis, cujusmodi olim pleræque domus apud nos rusticorum. Nam si tales sublatæ, & a tertio bonæ fidei possessore sint restitutæ, jus pignoris extinctum non recuperatur; nec enim partis, sed totius ibi fuit privatio; quia solum, quod non erat ejus qui domum obligaverat, pignori non fuit subjectum, nec ideo restitutum ædificium trahere potuit. Sic memini judicatum esse in tali specie. Agricola pignori obligaverat omnia sua bona, quæ consistebant in jure colonario, cum supellectile, pecudibus, & instrumento rei rusticæ; jus autem colonarium constabat, proprietate domus impositæ fundo domini, & jure conductionis ad longum tempus. Domo combusta, & agricola bonis everso, jus ejus colonarium cum ruderibus & parietinis reliquis venditum erat tertio; qui domum instauraverat, & deinde a creditoribus agricolæ conveniebatur hypothecaria. Sed nihil ab his impetratum est, quam ratione tignorum, quæ de veteri ædificio novæ structuræ adhibita fuerant. Verum si debitor idem, cujus fuerat superficies, combustæ domus loco novam constituisset, an eo casu creditoribus actio comparata fuisset? Non videbatur, quippe re pignorata non pro parte, sed tota sublata, nec ratione soli, quod alienum fuit, hoc casu concurrente. Verius tamen est, hypothecam duraturam, per *l. ult. de Pign. Si insula combusta est, deinde a debitore restituta, idem in nova insula juris habet creditor*; exemplo servitutum in simili casu. *l.* 20. §. 2. *de Servit. urb.*

10. (g) Denique, tempore finitur jus pignoris & hypothecæ, tam si de tempore convenit, *quoadusque pignus duraret*; * quam præscriptione, quæ triplex hypothecariæ actioni legibus est imposita, longi, longissimi, & supra longissimi temporis. Longi temporis est decem vel viginti annorum, quæ datur bonæ fidei pignoris possessori, decem inter præsentes, viginti inter absentes, ut in usucapionis materia est. *l.* 1. *&* 2. *C. Si advers. Cred. præscr. oppon.* Quod an locum habeat, in credito annui reditus ex fundo, si fundus liber alienatus sit, ignorante creditore, cui pensiones annuatim a venditore sunt solutæ, vide differentem Stokmannum *Decis. Braban.* 83. Nos eam quæstionem ad titulum de annuis legatis reservamus.

Malæ fidei possessor non liberat pignus, nisi præscriptione longissimi temporis, quod est annorum triginta. *l.* 7. *C. de Præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Ipse vero debitor aut ejus hæres, rem pignoratam possidens, *quadraginta* dumtaxat annorum spatio liberatur. *d. l.* 7. §. 1. Ita præscribitur creditoris juri, quod is habet ad pignus persequendum.

11. (h) Quæritur, an juri luendi pignoris, quod competit debitori, præscribatur. ** Liceat heic mihi respondere, quemadmodum in alio simili quæsito, Vir Doctus ait; *Affirmatur, contra adfirmantes tamen*. Adfirmare licet, quia nullum est jus, cui non præscribatur, modo requisitum fundamentale præscriptionis omnisque dominii adquisitionis adsit, quod est, *ut possessor animum sibi habendi præferat*. Etenim quicunque possidet alieno nomine, qua talis, nullum usucapionis aut præ-

(f) *Pos.* 3. 4. *&* 5. (g) *Pos.* 14. (h) *Pos.* 11.

(2) *Confer hic Barth. Chesiom de differentt. jur. can.* 61.

* Idem etiam apud nos in judicialibus rerum immobilium hypothecis obtinet, quæ inprimis, quando clausula cassatoria addita est, elapso tempore, in quod confirmatio judicis impetrata est, expirant. *Dec. Fl.* 30. ibique Philipp. *Obs. eont.* nisi creditor ante finitum hypothecæ tempus actionem eo nomine moveat, & lite pendente id elabatur, aut hypotheca concessa sit usque ad reluitionem domino feudi vel jurisdictionis reservatam, *d. Dec.* vel prorogatio consensus legitime fuerit impetrata. Philipp. *l. c. n.* 11.

** De jure nostro sine dubio negative respondendum est, per *P.* 2. *C. Fl.* 1. vid. Carpz. *ad const. def.* 8. Idemque secundum jus commune defendunt Gail, *l.* 2. *Observ.* 18. *n.* 4. Ant. Fab. *C. l.* 8. *tit.* 19. *def.* 18. Frank. *Exr.* 3. *qu.* 8.

præscriptionis initium facere potest . *pr. Inst. de Usucap. l. 2. C. de Præscript. 30. ann.* Hinc quamdiu rem ut pignoratam se possidere non negat creditor, manifestum est, nullum præscribendi initium animo concipi posse . Rursus, si creditor rem pignoratam neget esse talem, & præ se ferat esse suam, ab eo tempore præscriptionem longissimi temporis, quæ datur etiam furibus & malæ fidei possessoribus, inchoare potest . Ac ita juri luendi pignoris æque ac aliis juribus præscribi posse , concedimus ac adfirmamus . Altero sensu , quamdiu creditor rem , ut *pignus* , vel non negans esse talem , possidet , communis eaque verissima juris sententia est; creditorem , qui pignus jure tituloque creditoris possidet, a jure luendi pignoris debitorem nullo temporis spatio excludere posse , propter defectum requisiti fundamentalis, quod demonstravimus. Exempli gratia . Fortuita rixa quidam agricola nobili vicino objiciebat, ejus avos non fuisse tanto suis majores, quanto nunc ipse præ se excelleret . *Fundus , quem ego possideo* , inquit , *avi tui meis pignori dare coacti sunt* . Hoc effutitum dedit occasionem nobili isti ; inquirendi in rem sibi adhuc ignoratam, ac ita reperit esse factum , ut pro summa pecuniæ satis modica, prædium illud rustici avis obligatum traderetur. Si hanc probationem ultro invenisset, nec alter pignoris causam fassus possessione libera 90. & amplius annorum se tuitus esset , frustra fundum repetiisset; quem illa confessione fretus, ut mihi relatum est, oblato debito , recuperavit . Nostra memoria claro principi litem ejusmodi super nobili domanio motam vidimus: nec dubitatum , quin summo jure pignus redimi posset . At mutatis temporibus , homines mutati, juri suo jam moto renunciare maluerunt *anno* 1672. Inter dissentientes ab hac sententia est Thomasius noster.

S C H O L I U M.

Sed obstant huic Sententiæ ea, quæ ipse Auctor posuit ad Tit. de Rescind. vendit. posit. 12. & quæ ibidem notavimus , *unde ad rationes , quas hac thesi recenset , facilis est responsio* .

R E S P O N S I O.

Respicit ad id, quod in Parte II. pag. 502. *diximus ; juri ex pacto de retrovendendo posse præscribi . Sed etiam illic monuimus , esse discrimen inter pactum de retrovendendo , & jus luendi pignoris , hoc inprimis ; quod emptor , qui pacto de retrovendendo tenetur , rem suo nomine , tituloque domini possideat , quod in pignore secus se habere manifestum est ; plura mox in eam rem collocabimus .*

N. A D D I T.

Esse utique differentiam inter pactum de retrovendendo & jus luendi pignoris , quis negaret? Sed an illa differentia tanti sit ut in hac quæstione quid operetur , valde dubito . Sane in contrarium est regula, quam ipse Auctor supra d. tit. de resc. vendit. *posuit : quod jura , quæ immediate ex contractu oriuntur , præscriptioni sint subjecta , adeoque , ut ibi notavimus , non possint referri ad res meræ facultatis . At vero luitio pignoris æque , ac jus rescindendæ venditionis , est jus, quod debitor habet ex contractu, nempe mutui & pignoris. Urget quidem Auctor, quod creditor pignus possidens rem possideat nomine alieno, & ad casus quosdam provocat. Sed hic* (I.) *plane mutavit statum controversiæ, & aliam sententiam eligit, quam quæ ab ipso in positionibus defendebatur .* Concedit enim hic, *quod luitioni pignoris possit præscribi , postquam creditor rem incipit possidere ut dominus , & oppignoratum id esse negat . At ibi generaliter negabat quæstionem , ex ea ratione potissimum, quod non prius nascatur actio reluendi pignoris, quam soluta obligatione principali ; solvendi autem facultas nullo tempore tollatur . Addideram ergo huic assertioni scholium novum , his verbis* : Sed cur non? Solutio enim est debiti præstatio . Debitum vero non est , si intra triginta vel quadraginta annos Creditor id non exegerit, sed per præscriptionem id fuerit sublatum. *Sensit vim objectionis Auctor, adeoque ab assertione priore recessit , eamque hic aliter formavit .* (II.) *Nobis vero id non est omittendum , cum exinde nascatur ratio regerendi , adversus præsentem assertionem Auctoris , quod creditor , quamdiu debitum non sit solutum , pignus possideat ut pignus , i. e. ut rem alienam. Nam postquam triginta anni , in quibus creditor pignus habens debitum suum non repetit , sunt elapsi , & ita actioni mutui est præscriptum , ab illo tempore etiam creditor pignus illud non amplius ut pignus possidet , quia pignus non est, ubi non est mutuum , cui accedat . Quare, etsi rusticus pignoris causam fassus erat in dato casu ab Auctore , non tamen debuisset post* 90. *annos condemnari . Denique quod res meræ facultatis attinet, uti recte Auctor notat, eas non recte describi a Grotio , ita definitio ejus obscurior est Grotiana , & saltem ad defendendam quæstionem effabricata . Quid enim est jus non actu quæsitum , sed semper in potentia ? Clarius;*

tius; res meræ facultatis, sunt jura disponendi de personis & rebus suis, quarum intuitu aliis non est jus per pactum legibus conforme quæsitum: ut jus constituendi servitutem in re sua, jus recedendi a communione, quæ exempla ipse Auctor habet. At vero jura ex contractibus quæsita, vel aliis indulta, non sunt res meræ facultatis, sed præscriptioni subjacent, ipso Auctore fatente in loco citato in scholio.

Nusquam adeo quam in hoc jure debitum luendi, verius est quod vulgo dicitur; *Rebus meræ facultatis non præscribi*. Tu dices; Quid sibi volunt Juris magistri cum hac e scholis petita notione toties ingeminata? Res *meræ facultatis*, quibus non præscribitur, ait esse Grotius, *quæ non habent quotidianum exercitium, sed semel, ubi commodum erit, ut Luitio pignoris*, inquit, *lib. 2. cap. 4. §. ult.* Minus plene, ut videtur. Quid enim? Jus vindicandi rem suam a possessore, non habet quotidianum exercitium, sed semel, ubi commodum erit: ergo ei non præscribitur? Jus repetendi mutuum, non habet exercitium quotidianum, sed ubi commodum erit, semel; & tamen quis illi juri, si totis 30. annis non sit actum, nec possessor aut debitor se talem expresse vel tacite confessus fuerit, præscribi posse negat? Sic igitur potius; *Res meræ facultatis sunt jura, quæ non actu quæsita, verum semper in potentia sunt, ut constituantur & adquirantur*. Cujusmodi est jus constituendi servitutem in re sua, jus recedendi a communione, jus solvendi debitum, quod non est ejusmodi, ut ex aliqua causa adquiratur, uti nec jus, inquam, luendi pignoris, quamdiu pignus esse non negatur. Unde liquet, cur juri de retrovendendo præscribi queat, ut *ad tit. de Rescind. vend.* probatum est, & quamobrem rationes illic a nobis prolatæ non repugnent huic positioni; jus enim retrovendendi perfecte est adquisitum pacto speciali, cui æque ac aliis juribus præscribi potest; maxime, cum, ut dictum, possessor animum titulumque domini præ se ferat. Postremo loco repeti meretur, quod primo collocatum est; creditorem non possidere cum animo sibi habendi, sed alieno nomine; a tali autem inchoari non posse præscriptionem. *d. l. 2. C. de Præscript. 30. ann.*

S C H O L I U M.

Sed hoc non probatur per d. l. 2. quæ in specie de eo, qui precario rem possidet, & conductore loquitur. In illo enim ratio decisionis est, quod precarium ex hypothesi juris Romani non sit contractus, adeoque repetitio ejus spectet ad res meræ facultatis. At quod conductorem attinet, loquitur Imperator de eo, qui suam mercedem quotannis solvit, vel certe per triginta annos solvere non cessavit. Hic enim solvendo mercedem satis declarat, se possidere nomine alieno. Unde nescio, an commode lex hæc ad commodatarium extendatur, & depositarium, cum Brunnem. ibid. *quamvis id eo casu procedat, si tibi rem ad 30. annos commodaverim, vel ad tantum temporis spatium apud te deposuerim. Hactenus enim causam possessionis tibi non poteris mutare.*

Non agit σαφῶς hac parte Scholiastes. Imperatores decidendi rationem his verbis comprehendunt; *cum Lex Constantiniana jubeat ab his possessoribus initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt*. Est illud ipsum, quod nos diximus. De Precario quod contractus non sit οὐδεὶς λόγος, *nullum verbum*. Nec de conductore verum est, Impp. loqui de eo, qui mercedem solvere non cessavit. Ait, *conductores non convenit Possessores appellari, qui rem ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant præstare mercedem*. Negat iis præscriptionem convenire, quia non negant se esse conductores, & quia pro possessione tenentur ad mercedem, ac ita satis indicant, *se alteri potius quam sibi possidere*. Enimvero coloni, commodatarii; & depositarii, si absque titulo certo, vel diverso titulo, cum animo sibi habendi possederint, dominus, qui totis 30. annis jus suum non exercuit, præscriptione quominus excludatur, nihil impedimento est. Plures sunt hujus sententiæ rationes, quas exponit & ab objectis vindicat D. Wissenbach. *ad h. t. th. 32.* Distinctione tamen a nobis posita, subintellecta potius, ut opinor, quam expressa.

N. A D D I T.

Nunc vero postquam jam ostendi, præscripto mutuo a debitore, creditorem incipere possidere alieno nomine, conciliari facile possunt rationes explicandi d. l. 2. *a me datæ, cum ratione Auctoris, ut connectantur, non ut opponantur sibi. Nec obstat, quod rationis, quam dedi de precario, nullam mentionem faciat Imperator. Nam non omnes rationes legibus semper solent addi, sufficit, quod ratio data non repugnet analogiæ Juris. De conductore vero, qui minimum per triginta annos non cessavit solvere mercedem, loqui Imperatorem, credere inductus sum per verbum* solitam. *Quomodo enim merces solita præstari dici possit, quæ tam diu non est soluta?*

LIB.

LIB. XXI. TIT. I.

De Ædilitio Edicto, & redhibitione, & quanti minoris.

I. Continuatio, & de officio Ædilium. II. De caussis actionum ex hoc Edicto. III. Quæ actiones inde competant. IV. Quid differant ab actione Empti. V. Usus harum actionum, maxime si res perierit. VI. Quatenus electio harum actionum competat Emptori. VII. Post æstimatoriam adhuc Redhibitoriam dari, non contra. VIII. Expositio l. 45. §. 7. h. t. *IX. Proprietates aliæ harum actionum, & casus quibus cessant. X. De Feris noxiis juxta vias publicas habitis.*

(a) Pignus fuit accessio contractuum generalis: sequuntur appendices quædam emptionis venditionis potissimum, quo pertinet argumentum ædilitii edicti, stipulatio evictionis, & exceptio rei venditæ atque traditæ. Ædilitium Edictum promulgatum est Romæ ab Ædilibus Curulibus, de quorum origine Pomponius agit in *l.* 2. §. 21. *&* 26. *de O. J.* & nos in *Parte I. pag.* 13. *num.* 10. Distincti fuerunt ab Ædilibus plebejis, quorum antiquius institutum fuit; utrique dicti, quod ædibus præessent, item viis ac ludis, ut Pomponius *ibidem* aliique *passim* testantur. Utrique, magistratus majores adjuvandi causa creati, Curules pro consulibus, Ædiles pro tribunis: etsi Consulum utrique imperio paruerint, ut ex Livio intelleximus *lib.* 34. *cap.* 14. *in fin. Consules Ædilibus Curulibus imperarunt, ut Sacerdotes ejus sacri* (Bacchanalium) *omnes conquirerent, comprehensosque libero conclavi ad Quæstionem servarent; ædiles plebis curare, ne qua sacra in operto fierent.* Quamvis igitur majorum numero magistratuum habiti non sint Ædiles, ut probavimus *lib.* 3. *Digress. c.* 23. Jurisdictionem tamen habuerunt, inprimis circa Forum & vias publicas. Ad utramque partem duplex, aut bimembre hujus rubricæ edictum pertinet, alterum de venditionibus rerum tam soli quam mobilium, *l.* 1. *in pr. h. t.* alterum de noxiis animalibus juxta viam publicam habitis. in *l.* 40. *& seqq.* Nos primo edicti summam recensebimus, & dein usum explicabimus.

2. (b) Primum edictum de rebus venalibus, est in *l.* 1. §. 1. *& l.* 38. *pr.* §. 1. 2. *&* 3. *h. t.* conceptumque est ibi de mancipiis & jumentis; sed ut in *pr. d. l.* 1. *l.* 49. *& l.* 63. *h. t.* indicatur, ad cujusvis generis venalia, & ad res etiam immobiles pertinet. Edisserit autem, quid juris sit, ob triplicem defectum a venditore commissum. 1. Si res vendita non conveniat cum ejus *dicto promissove*, *l.* 1. §. 1. sic tamen, ut quæ commendandi causa dicuntur, ut fit, ab emptoribus, in censum non veniant. *l.* 19. *in pr. h. t.* Secunda causa est, ex *reticentia*: venditor enim certiorem facere debet emptorem, si quid vitii morbive fuerit, omniaque recte pronunciare. *d. l.* 1. §. 1. *& l.* 38. *in pr.* Tertius defectus est, si venditor *cavere nolit* emptori, ut Ædiles jubent, ob vitii alicujus aut defectus suspicionem. *l.* 28. *h. t.*

3. (c) Propter has causas ex eodem edicto actiones duæ sunt proditæ, redhibitoria & æstimatoria, quæ similiter in permutatione locum habent. *l.* 19. §. 5. *h. t.* Redhibitoria datur emptori contra venditorem, ut is rem venditam recipiat pretiumque restituat, una cum usuris & eo quod interest, *l.* 1. §. 1.

l. 23.

(a) *Pos.* 1. *&* 2. (b) *Pos.* 6. 7. 8. *&* 9. (c) *Pos.* 4. *&* 5.

l. 23. *l.* 27. *l.* 29. §. 2. & *l.* 31. §. 2. *h. t.* quæ docent scilicet, emptorem vicissim rem cum omni causa restituere debere. Finitur autem hæc actio sex mensibus ob res ipsas, duobus ob accessiones rerum. *l.* 38. *in pr.* Æstimatoria datur eidem emptori contra venditorem ad repetendum de pretio, quanti res ob vitium minoris est quam vendita fuit, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 38. *in pr.* & *l.* 61. *h. t.* eaque durat annum utilem, *l.* 19. §. *ult. h.* nisi moveatur hæc actio propterea, quod venditor cavere nolit, sicut Ædiles caveri volunt; nam hoc casu æstimatoria sex mensibus finitur, ut redhibitoria bimestri spatio. *l.* 28. *h. t.*

4. (d) Tu dices: nonne præstationes vitiorum in rebus venditis, actione empti venditi continebantur, quid opus speciali edicto in hunc finem? Moribus equidem hodiernis, vix est, ut quidquam intersit, ex empto, an ex Ædilium edicto agere te dicas: primitus tamen differentiæ quædam fuerunt; præter quod Prætori minime fuit insolens, de rebus jure civili constitutis edicto suo cavere diligentius, ut consentaneum fuit, eum curæ id habere circa res venales ad officium ejus nominatim pertinentes.

SCHOLIUM.

Varie hanc quæstionem Doctores tractare solent. Conf. cum Auctore Wissenb. h. t. th. 9. *Mihi placet præ aliis opinio Franzkii, quem vide* ad tit. de Act. empt. n. 99. *Moribus nostris quid observetur, vide apud Dn. Schilter.* ad h. t. §. 15. & 17. *Carpz.* P. 2. C. 34. d. 15. seqq. *Dn. Stryk.* de jure sens. Disp. 1. C. 3. n. 44.

Præcipua quæ intererant, hæc sunt. Ex Edicto utraque actio non de animi, sed de corporis vitiis agit, *l.* 1. §. *pen. h.* nisi quatenus ipsum servi corpus adficiunt, *l.* 4. §. 4. *l.* 43. §. 4. & 6. sed actio ex empto datur quoque ob animi vitium. *l.* 4. *pr.* ædilitiæ sunt arbitrariæ, & ni satisfiat, in duplum, *l.* 45. *h. t.* quo sensu pœnales dicuntur, *l.* 23. §. 4. sed actio ex empto est b. f. in simplum, *ut supra*, & *l.* 70. *de Evict.* ædilitiæ competunt in unum ex pluribus, qui pro majori parte vendidit, civiles in singules pro rata. *l.* 44. §. 1. *in pr. h.* Facilius quoque ædilitiæ dantur in ignorantem, ut dictum, quam civiles ex empto. *l.* 13. §. 1. *de Act. empt.* Nam hæc ob culpam maxime comparata est; illa ad inæqualitatem, etsi culpa nullius, corrigendam, ut inter scientiam & ignorantiam non distinguatur, *l.* 1. §. 2. *h. t.* quæ notabilis & forensis est differentia.

5. Sed hæ discrepantiæ quod ad genus actionis, moribus, ut dixi, hodiernis nullum amplius usum habent; nec ideo tamen, quæ in hoc titulo traduntur, usum habere desinunt; (e) sed tam redhibitoria quam æstimatoria licet experiri, si modo vitium, vel ejus causa, proxime venditionem antecesserit. Nam quod sequitur, ad emptoris periculum pertinet, nisi aliter convenerit. *l.* 3. *C. de Ædil. act.* Si vero præcesserit causa venditionem, actiones ædilitiæ dabuntur, *etsi pecus sit mortuum*, *l.* 47. *in fin. h. t.* quod æque in permutatione locum habebit, *arg. l.* 19. §. 5. *h.* idque ita judicatum in Curia nostra apud Nautam reperio, in causa *Johannis Sapei contra Sixtum Feiconis cum soc.* Actor equum permutatione adeptus erat a reis in nundinis *Belcumanis*; decemque vel 12. diebus post traditionem equus erat mortuus; dein cum sectus esset, intestina corrupta & exesa ichore flavo & tabifico reperta sunt a longiore tempore collecto, ut inde constaret esse mortuum. Condemnati sunt ad pretium restituendum, non obstante testimonio aliorum mangonum: quasi moribus inter equorum mercatores obtineret, ut ne plura quam tria vitia * præstarentur, si nihil speciale dictum aut promissum esset, quæ tria hæc erant; malum pulmonicum, *dempigheit*: præsepicum quod vocant, quo equi se præsepibus mordendis intorquent, & *tertio* vermium. Cujus moris hæc queat ratio reddi, quod illa sint vitia, quæ emptor scire nequeat, venditor posset. Nam quæ manifesta sunt, ut ab emptore facile observari queant, ædilitiis actionibus non sunt obnoxia, *l.* 1. §. 6. *l.* 2. 3. 4. *l.* 14. §. *ult. l.* 48. §. 3. 4. & *l.* 55. *h. t.* Quod autem ad venditoris attinet ignorantiam, hæc quidem

(d) *Pos.* 10. 11. 12. & 13. (e) *Pos.* 3.

* Secundum *art.* 39. *Wb.* in quo venditor tria saltim vitia præstare tenetur, scilicet si equus sit *flotig*, retrogadus, *steerblind*, cæcitate latente laborans, aut *haarschlechtig*, quod alii scabiem, alii malum pulmonicum, sive asthmatis morbum, exprimere autumant. conf. Coler. *d. Proc. Exec. P.* 2. *c.* 2. *n.* 82. *Carpz. P.* 2. *C* 34. *def.* 2. Eckolt. *ad ff. tit. d. edil edict.* §. 6. *in fin.* Nihilominus, si dolosa venditoris simulatio aut dissimulatio accedat, etiam ob alia vitia, e. g. si equus sit lunaticus, Richter *dec.* 95. *n.* 10. vel pituitosus. *Id. l. c. n.* 33. Coler. *dec.* 220. *n.* 3. *seq.* conf. Carpz. *l. c. def.* 4. 13. & 17. Franzk. *ad ff d. tit. n.* 25. actioni ex empto perpetuæ erit locus *a. l.* 23. *ff. d. act. empt.* Richt. *dec.* 95. *n.* 12. atque ita *resp. Fac. Jur. Lyps. Mens. Jul. Anno* 1700.

dem ab ejus quod interest plena præstatione eum liberat, *l.* 13. *in pr. de Act. empt.* non ab actionibus ædilitiis. *l.* 1. §. 2. *h. t.* Proinde nihil causæ fuit, ut ne ob alia vitia, quam quæ venditor scire possit, mangones agi posse negarent. Nec illi universitatem faciebant, ut si maxime talis consuetudo inter eos usu obtinuisset, alius eam ignorans ad observantiam ejus teneretur, nisi forte ex *arg. tit. Quod quisque jur. in alt.* si quis antea scil. hoc jure contra alium usus esset, vel id impetrasset, ut deinceps eodem jure in propria causa uteretur.

6. Actionem redhibitoriam & æstimatoriam intentione atque effectu inter se discrepare manifestum est, non æque, an certi termini, quibus hæc aut illa moveri possit, existant. Sunt, qui in arbitrio emptoris esse volunt, utra malit experiri; posse eum eligere, inquam, & statuere secum, æstimatoria an redhibitoria agere velit, quibus adstipulatur Thomasius ad *nostram posit.* 3. Sed cum, immane quantum, intersit venditoris, utrum quod vendidit recipere totum cogatur, an quanto minoris defungi liceat, non est civile dictu, in reciprocæ præstationis contractu, tanti rem momenti ab solius emptoris arbitrio suspendi. * Plane eum, qui redhibendi causam habet, si æstimatoria, quod minus est, agere malit, id in potestate habere per *l.* 21. *de R. J.* nec semper utraque cumulatim experiri licere, certum est ex *l.* 25. §. 1. *de Except. rei jud.* Sed hic textus non impedit quod juris ratio dictat, redhibitoria non posse aliter agi, quam si tale vitium in re vendita sit, propter quod actor eam rem empturus non fuerit, sicut *ibidem* traditur, ejusque rei judicium non a mero emptoris, sed a judicis arbitrio pendere, consentaneum est. Ita quoties de servitute agitur, venditor victus tantum præstare debet, quanto minoris emisset alter, si scisset hanc servitutem esse impositam, *l.* 61. *h. t.* neque dicendum est, ob celatam servitutem, contractum emptoris arbitrio rescindi posse, ut redhibitoriæ locus sit, per *l. pen. de Eviction.* de cujus sententia *capite sequenti* pressius agendum erit. Nec tamen repugno, quin, si fuerit servitus adeo gravis & deformis, ut exactus paterfamilias rem ea causa non fuisset empturus, ad redhibendum hæc ratio quandoque sufficere possit, quomodo merito judicatum refert apud Brabantinos *Stockmannus*, de celata servitute cloacæ, per quam colluvies ex duabus latrinis viciniæ domus, sub pavimento atrii per subterraneum meatum longo ductu, ad vestibulum usque domus venditæ decurrebat: unde subinde ingratus fœtor exhalabat, & pavimentum nonnunquam obstructo canali rescindendum erat, ut aliquoties factum fuerat, *Decis.* 97. ubi recte monet & probat, alioqui ob celatam quamlibet servitutem, etsi quanti minoris agere liceat, minime tamen a contractu posse recedi. *n.* 2.

7. (f) Quod autem diximus, concursum æstimatoriæ atque redhibitoriæ non esse cumulativum, accipit hanc limitationem, *quatenus idem his non petatur*, quam esse fundamentum omnis de actionum concursu doctrinæ, probavimus in *Parte I. p.* 422. *n.* 33. Quare si non offenditur hæc regula, nihil vetat, post æstimatoriam adhuc moveri redhibitoriam. Nam post hanc non dari æstimatoriam, palam est, quia per graviorem levior in eodem negotio absorpta est, ut *d. loco* probavimus. Igitur hæc regula, *si graviore prius sit actum, levior extinguitur; si leviore prius, gravior superest in id, quod plus continet*, non tantum obtinet in actionibus ex delicto, sicut vulgo, sed etiam in rei persecutoriis e contractu, ut *d. pag* 422. *&* 423. exemplo patuit, & heic denuo liquet: nam si emptor prius quanto minoris egerit, deinde liqueat, rem adeo nullius esse valoris, ut ne expediat quidem ejusmodi rem domino habere, redhibitionem adhuc impetrare potest, officio tamen judicis implorato potius, ut is, quod antea præstitum, deducat ac ita redhibeatur, quam actione directa ex *l.* 43. §. *aliquando* 6. *h. t.*

SCHOLIUM.

Sed hoc nequaquam dicit d. l. 43. §. 6. *Melius eam exponit Wissenbach.* th. 10. *junge* l. 25. §. 1. de Exc. rei judic.

RESPONSIO.

Lex ait, Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet æstimatoria agamus, *&* *mox*

(f) *Pos.* 14.

* Immo ad arbitrium Venditoris pertinebit, si emptor actionem quanti minoris elegerit, venditor vero pretium, quod emtor vel judex nimis exiguum esse, sique pro eo rem actori relinquere non posse, neque eo modo contractum fuisse contendat, remque integro quod accepit pretio restituto recipere malit; atque adeo nec actor invitus ad actionem quanti minoris instituendam compelli, nec reus invitus ex ea condemnari, sed uterque redhibitoriam præoptare poterit, ut monet Beyerus in Delin. *Jur. Civ.* L. p. 310. *not.* (a) Sane officio Judicis Germanici continebitur, juvare actionem redhibitoriam, cum in favorem emptoris idem licuerit Judici Romano per *l.* 43 §. 6. *D. h. t.*

mox, licet æstimatoria actum fuerit, *& cetera quæ dixi; unde refellitur explicatio D. Wissenbachii, qui vult in ipsa prima actione æstimatoria rem aliquando judicis officio redhiberi, quod cum plane diversi generis sit, non videtur. Nostra expositio tam verbis quam usui juris multo crebrius & civilius convenit*.

N. ADDIT.

Miror pertinaciam in tanto viro. Ait Paulus, Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit *per sententiam Judicis*, licet æstimatoria, id est quanti minoris, agamus *& redhibitionem non petamus, sed restitutionem pretii majoris*. Nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium *vel jumentum* domino habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, *v. g. si equum talem emerim pro 100. thaleris, & postea instituam actionem quanti minoris & repetam totam summam, vel 99. thaleros*, licet æstimatoria actum *tunc a me* fuerit, officio tamen judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur, *ne videlicet & pretium & rem (quam plane inutilem esse dico) simul retineam. Nec possum conqueri, quod res mihi auferatur, si eam dicam esse propter inutilitatem nullius pretii. Jam judicet Lector, an propter verba* licet æstimatoria actum fuerit, *refellatur explicatio Wissenbachii & confirmetur illa violenta Auctoris*.

8. Denique, propter diversa vitia sæpius agi posse, docet *Lex* 31. §. *si quis*. 16. *& l.* 48. §. 7. *h. t.*

SCHOLIUM.

Sed qua actione, æstimatoria ne an redhibitoria? Æstimatoria, nam res sæpius redhiberi non potest, ut recte notat Glossa ad d. l. 48. §. 7. *Quid ergo est, quod Pomponius ibidem dicit?* Cum *redhibitoria* actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere & prædicere, ut si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur. *Mihi videtur vel JCtus, dum hæc scriberet, æstimatoriam habuisse in mente, vel Tribonianum, dum hæc exscriberet, errorem commisisse. Nam redhibitoriæ voce tam late uti velle, ut sub se comprehendat actionem quanti minoris, esset vim voci inferre: nam qui redhibet, nihil retinet. Alia ratio est actionis æstimatoriæ, quæ sub se redhibitoriam complectitur*. l. 25. §. 1. de Except. rei judic. *Glossa equidem* d. l. *putat institutam fuisse actionem redhibitoriam, sed rem non fuisse exhibitam, verum præstitam saltem æstimationem vitii. At vereor, an & hoc procedat. Nam dubito, an judex in redhibitoria rium potuerit a redhibitione liberare, & ita electionem actori auferre. Non obstat* l. 43. §. 6. hic, *quia ab æstimatoria ad redhibitoriam, per modo dicta, inferri nequit*.

RESPONSIO.

Mihi non est dubium, quin ICtus in d. l. 48. §. 7. *redhibitoriam actionem vocet eam, quæ est ex edicto ædilitio, simpliciter: vocemque tam generaliter sumi posse, probo inde, quod in ipso edicto, ut heic habetur in* l. 1. *h. t. REDHIBENDI tantum fit mentio, cui facultas quanti minoris petendi virtualiter inest.* arg. l. 21. de R. J. *Quanti minoris ita fit mentio, ut sub redhibitione lateat. Plane a potiori denominationem fieri, non est insolens; quin ex ipsa re, cum redhibitoria sæpius agi dicit Juris C. necessitas hujus responsionis elucet, quia factum redhibendi bis fieri non potest. Quod autem æstimatoria dicitur redhibitoriam continere*, d. l. 25. §. 1. *vult dicere, illam hanc non absumere, ut paulo* superius *probatum, aut si hoc nolit Thomasius, dicat, utrumvis nomen utramque compendio actionem complecti*.

N. ADDIT.

Vides, litem saltem esse de usu vocis redhibitoriæ actionis. Nam in decisione quæstionis convenimus. Pro mea sententia contra Auctorem id urgeri potest, si actioni redhibitoriæ, de qua in l. 1. h. t. *insuisset actio quanti minoris, quid opus fuisset edicto peculiari, in quo hæ duæ secernuntur?* in l. 38. eod. *Regula illa, cui licet id quod majus est, licet etiam minus, procedit in rebus ejusdem subordinationis. Quæ hic non sunt. Redhibitoria rescindit totum negotium, actio quanti minoris mulctat saltem venditorem, qui sæpe mallet rem redhiberi, quam eam alteri relinquere restituto excessu pretii. Quæ Auctor monet circa* l. 25. §. 1. *ad ea jam exceptum fuit in nota præcedente*.

9. Hæredi & in hæredem has actiones, ut omnes e contractu, dubium non est dari. *l.* 19. §. 5. *h. t.* Sed hoc est singulare, quod ad redhibendum, non nisi omnes pariter emptoris hæredes agere possunt; ad pretium, & ad cætera quæ dividi queunt, singuli pro partibus agunt. *l.* 31. §. 5. *& 6. h.* Venditoris tamen hæredes pro partibus hæreditariis tenentur ad recipiendam redhibitionem, ut etiam ipsi venditores, siquidem plures neque correi constituti sint, *d. l.* 31. §. 10. salvo eo, quod diximus ex *l.* 44. §. 1. *h. t.* posse actionem adver-

versus eum, qui ex parte majori emptor est, institui. Postremo sciendum, ædilitias actiones cessare in *simplariis* venditionibus *l.*48. §. *ult.h.* de quibus *simpla* dumtaxat evictionis nomine promittitur, & de quibus duplam stipulari, ut communiter fit, non est operæ pretium, *l.*56. *in pr. de Evict.* adeoque in vitioribus cessat Ædilis, & ex empto agendum.*l.*4. *pr. h. t.* Idem erit in vitiis levioribus. *l.* 4. §. *ult. l.* 11. *& sqq.* Præterea cessat Ædilis in venditionibus a fisco factis. *l.*1. §. 3. *h.* Cessat item in rebus donatis. *l.* 62. *h. t.* Denique in locatione vitium est sufficere locati actionem, & Ædilium de illa tacet edictum. *l.* 63.

10. (g) Altero Ædilium edicto, aut secundo ejusdem membro, cautum est ita. Si quis noxium animal juxta viam publicam habuerit, solutum aut non satis arcte ligatum, idque damnum dederit, de cæde hominis liberi est pœna 200. aureorum, de læsione ejusdem arbitraria mulcta, de aliis damnis pœna dupli. *l.*40. *& seqq. h. t.* Moribus hodiernis, arbitraria mulcta forte an semper obtinebit; nisi pro homine libero occiso danda sit actio in dimidiam hominis æstimationem; quæ est integra 300. florenorum *aureorum* qui dicuntur, *jure nostro*; secundum quod ex commisso pecudum solvitur dimidium ejus, quod ex hominis facto debetur. 2. *Stat. Fris.* 3. *art.*4. De concursu hujus actionis cum quadrupedaria, dictum est ad *tit. I. Si quadrup. paup. in fine.*

T I T. II.

De Evictionibus & duplæ stipulatione.

I. Species & summa Tituli. II. Origo & usus stipulationis duplæ an & hodie superfit. III. Agi de Evictione in omnibus onerosis Contractibus. IV. Secus in lucrativis. V. An in dote valeat. VI. Si pars vel accessio rei evicta sit, ex empto, non de evictione agi. VII. Quid juris sit in causa servitutis celatæ. VIII. Quid si res plures simul sint venditæ. IX. Si conditiones de venditione male exprimantur, quid juris. X. Quæ vis sit clausulæ generalis, rem vendi, cum juribus oneribusque ad eam spectantibus. XI. Quatenus Evictionis necessitas Pactis mutetur. XII. Quo sensu in solidum plures ex evictione teneantur. XIII. Denunciatione non ob actionem empti, sed ob evictionem esse faciendam, & quo tempore. XIV. Fines denunciationis, eamque faciendam esse, licet emptor litis motæ non sit ignarus. XV. Nec omittendam esse, licet causa evictionis manifesta. XVI. Finis & effectus denunciationis; nec invitum venditorem intervenire cogi. XVII. Nisi promiserit expresse vel tacite, ubi formulæ tacitæ promissionis. XVIII. Defensionem sive interventionem in judicio non promissam, exigi non posse, nisi pretio necdum soluto, immineat periculum. XIX. In quo foro fiat lis super evictione. XX. Casus, quibus hæc actio cessat. 1. in pignore. XXI. 2. Ex scientia Emptoris. XXII. 3. Ex culpa ejus. XXIII. 4. Ex casu fortuito.

(a) AD explicandam emptionem venditionem pertinet inprimis post Ædilitium edictum titulus de *Evictionibus*, cujus admodum frequens usus olim hodieque, recipit hanc ab initio monendam diversitatem: quod nunc ab empti actione, quæ datur in id quod interest, vix ullo discrimine, præterquam uno satis notabili, denunciationis, ut videbimus, separetur. Quoniam nos tamen apud rubricam de emptione venditione *hujus tituli* argumentum occuparemus, fecit methodi, quam Cæsar nobis prævivit, religio. Quid sit *Evincere*, compositio vocabuli sponte probat; nihil aliud quam vincendo, scilicet non vi, sed per judicium, rem auferre. *l.* 22. §. *ult. h.* Species facti in actione hujus loci, talis est. Qui rem emit a non domino, quem dominum esse putabat, ab alio seu domino vero seu jus aliud in rem venditam habente, vocatus est in jus, ejusmodi edita actione, per quam res ab ipso avo-

(g) *Pos.* 15. (a) *Pos.* 1. *&* 2.

avocari queat, sive rei vindicatio, seu pignoris, ususfructus, emphyteuseos, vel fideicommissi persecutio, vel quaelibet alia sit actio, per quam emptor possessionem sit amissurus. *l.* 26. & *l.* 34. §. 1. & *pass.* *h.t.* Tunc emptor facere debet, ut venditori denunciet, sibi litem moveri, quo adsistat & periculum litis ad se pertinere sciat; secundum quae, secuta condemnatione, venditor olim in duplum, hodie in id quod interest tenetur. atque haec est summaria hujus capitis ὑποτύπωσις, cujus exegesin, ordine quasi historico, quo nullus facilior, prosequemur.

2. (b) Moris erat in foro Romano, ut emptores in causam evictionis futurae ac incertae a venditore juxta conventionem de emendo vendendo, stipularentur *duplum*: *aut vel hoc, vel id quod interest.* in quo ex natura contractus, actionis empti materia consistit, peteretur, si quidem res evicta fuisset; quam alternativam agendi facultatem tradit *l.* 25. *C. h.t.* concursus enim, ut *ibi*, est electivus. Nec multum erraverit, qui duplum, quod stipulabantur, ejus quod interest vice functum fuisse arbitretur; quatenus in casibus certis, cujusmodi emptio venditio est, id quod interest duplum excedere non potest, ut definitum est in *l. un. C. de sent. quae pro eo, quod inter. fer.* Nec adeo dubium videtur, quin emptores ad evitandam ejus quod interest obscuram probationem, stipulationes dupli venditionibus adjicere soliti fuerint, sicut alias huic scopo stipulationes poenales inserviisse, constat ex §. *ult. Inst. de V.O.* Nec aliunde petenda ratio, cur, si emptor per errorem minus duplo fuerit stipulatus, venditorem ad id quod deest supplendum compellere possit, *l.* 37. §. *ult. h.* quanquam & ab initio venditor ad duplae stipulationem cogi possit, *l.* 31. §. *quia adsidue* 20. *de Aedil. ed.* ubi ratio, quae redditur, id quod diximus affirmat. *Etenim* inquit Ulp. *ea, quae sunt moris & consuetudinis, in b. f. judiciis debent venire.* Si tamen enixe partes operam dederint, ne plus simplo deberetur; quominus placiti lex illa valeret, nihilo plus obstabat, quam si plus duplo stipulatione complecti voluissent, *l.* 56. *in pr.* & *l.* 71. *in pr. h.t.* modo teneamus, si duplum aut plus fuerit promissum, ejus quod interest, quod duplo continetur, rationem non haberi, *l.* 44. *de Action. empt. d. l.* 25. *C. de Evictione*, quo pertinet Scholium Thomasii ad *posit.* 4. *h.* Denique nec alia ratione factum videtur, ut caput de evictionibus tam in Codice quam Pandectis ab empti actione separaretur, quam quod dupli stipulatio quasi poenalis ab actione rei persecutoria remota videtur. Sed moribus hodiernis, nihil, ut dictum, interest, evictionis an empti actionem dicas, quod ad regressum ob rem evictam contra venditorem capiendum attinet; ut tamen minime, quae in *h.t.* reperiuntur, idcirco sint otiosa; quippe omnibus ad argumentum actionis empti apposite pertinentibus; hac tamen differentia, quod in causa evictionis, *denunciatio* facienda sit, quae alioqui ad empti actionem non requiritur. Proinde quidquid a nobis heic de evictionis actione collocabitur, ad id quod interest emptique actionem referri oportet, non ad dupli petitionem, quae non est amplius in usu.

S C H O L I U M.

Idem statuunt Brunnemannus, Groenewegen, Regnerus, aliique, quos citat Dn. Schilt. Ex. 34. §. 20. *Quod si indubitatum esset, carere possemus subtilitatibus* posit. 9. & 10. *uti & Brunnem. apud Dn. Schilterum* §. 22. *judicat. Sed video tamen Magn. Dn. Stryke* in usu moderno Pandectarum ad h. t. *notare Groenewegium*, quod absque ratione asserat stipulationes dupli in usu amplius non esse. Quis enim hodie crederet, tale pactum vitiosum esse, si res mihi evicta fuerit duplum restitues. Si enim in genere pactum hodie validum, nec hodie quod cum jure communi incidit invalidum erit pronunciandum. *Posses forte dissensum hunc tollere, si diceres hodie stipulationes vel pacta de duplo non ita necessaria esse, ut olim,* posit. 3. & *rarissime etiam frequentari; posse tamen iniri, si quis velit, quo casu quid sentiendum sit de usu* posit. 9. *vide eleganter apud Dn. Schilter.* §. 23.

R E S P O N S I O.

Posse duplum, imo triplum & amplius, si partes velint, promitti, quis impediat? Sed necessitas legis eam injungentis cessat, quod sufficit, ut jus duplae obsoletum dicatur. Alioqui concedimus etiam, duplae considerationem non omnino alienum esse a moribus nostris, quatenus adhuc durat regula; id quod interest, ad quod nunc emptor evictionis causa tenetur, duplo terminari. d. l. un. C. de Sentent. quae pro eo quod inter. prof.

N. A D D I T.

Non opus erat responsione, quia revera Scholium

(b) *Pos.* 3. 4. & 20.

lium cum Auctore sensit. *Et quis hodie tam stultus foret, ut alteri duplum promitteret, si ad id non est moribus nostris adstrictus. Non est stultus, qui talia ab altero postulat, sed qui ea præstet, is profecto parum sanæ foret mentis. Nescio etiam, an multum profutura sit duplæ consideratio propter adductam ab Auctore* d. l. un. *quæ non illa phrasi Auctoris ambigue* utitur duplo terminari, (*quæ etiam sensum admitteret, quasi Judex teneretur* in duplum condemnare) *sed*, *quod Judex saltem non debeat* duplum excedere.

3. (c) Secundum hæc etsi actio de evictione præcipue ad emptionem venditionem spectat, ad alios tamen plures contractus æque a legibus producta est, scilicet quoties rem *oneroso titulo* in alium translatam, a tertio vindicari contigerit. Ergo locum habet in permutatione, *l.* 1. *C. de Permut.* Datione in solutum, *l.* 4. *C. h. t.* item in divisione rerum communium aut hæreditariarum, nisi aliter convenerit, *l.* 14. *C. Fam. ercisc. l.* 66. §. *ult. h.* etiam, ut videtur, si pater divisionem fecerit. *l.* 77. §. 8. *de Legat.* 2. vid. Fachin. 6. *controv.* 68. Gail. 2. *obs.* 14. *n.* 6. Mynsinger. *cent.* 1. *obs.* 37. Etenim si meus debitor rem mihi dederit in solutum, quæ deinde sit evicta: rursus si uni ex cohæredibus cesserit in divisione res non propria defuncti, quam alius deinceps avocat; cum possessor re, quam ex causa nactus erat onerosa, privetur, merito adversus auctores suos, qui se rem tradendo allevarunt, experitur. *arg. d. l.* 77. §. 8. *de Legat.* 2. Similis ratio militat in transactione, si quis ut ego a lite desisterem, mihi rem aliam dederit, eamque tertius evicerit; cum titulus, quo rem accepi, causa litis remissa, fuerit onerosus, non est dubium; quin alter in id quod interest teneatur, *arg. d. ll.* Aliud est, si res litigiosa, super qua transactum fuit, deinceps evicta sit a tertio; etenim hoc damnum ad possessorem, qui sibi quod temere transegerit imputandum habet, spectat, *l.* 33. *fin. C. de Transact.* quæ docet equidem, si, quod datum est, ut alter a lite desisteret, evictum sit, non ideo transactionem infirmari; sed quominus in id quod intersit agatur, nec ille textus, neque juris ratio negat. Denique contrarium non est in *l.* 96. §. *Soror.* 2. *de Solut.* ubi nomen, quod soror transactionis causa accepit, *ejus periculo* esse dicitur. Hoc enim ab evictione penitus est diversum, ut ex iis, quæ de actione vendita dudum accepimus; constat. Evincitur nomen, quando is, qui hoc transtulit, non habet jus transferendi, qua causa procul dubio tenetur. Periculum intelligitur, quatenus debitor non est solvendo, & nihil ex nomine procedit; de quo casu qui transtulit non tenetur, ut dictum *in loco*. Vid. Carpzov. *P.* 2. *C.* 34. *def.* 28.

4. In lucrativis contractibus evictionis rationem & æquitatem cessare, minime dubium est. *l.* 17. *de O. & A.* Imo si donator bona fide rem alienam in amicum contulisset, durissimum foret, liberalitatis institutum de evictione damnosum fieri, scilicet doli vel promissionis casu excepto, ut ratio manifesta docet & *l.* 2. *C. h.* Nec aliud obtinet in legato, si alienum esse compertum fuerit, hæres tamen id, quod legatum est dando, liberatur, *d. l.* 77. §. 8. nisi cum testator rem in genere legasset, hæres certam speciem legatario tradidisset; tunc enim ex suo facto præstare teneretur, ut legatario rem traditam habere, retinere liceret, quod est ad evictionem præstandam obligari. *l.* 45. §. 1. *de Leg.* 1. *l.* 29 §. 3. *de Leg.* 3.

5. (d) De dotis datione quid juris sit, ratio dubium facit, quia dos est datio benefica, *Δῶς ἀγαθή*, *dos donatio bona*; rursus est onerosa, quia datur ad sustinenda onera matrimonii, *l.* 56. §. 1. *de Jur. dot.* sed lex ita definit. Non tenetur evictionis nomine, qui dotem dedit, nisi *pollicitatio vel promissio fuerit interposita*. *l.* 1. *C. de jur. dot.* Cujus rei, dotis dandæ, an evictionis causa? Hæc proposito magis convenire videbatur, sed promissionem dotis præviam intelligunt Gl. & interpr. Dote igitur absque promissione data, si quidem res æstimata fuerit, ex empto competit actio, non de evictione, ut Brunnem. *ad d. l.* 1. Nulla datur actio, si res fuerit inæstimata, dolo tamen, ut consentaneum est, haud impunito. *d. l.* 1. Quinimo (est oppositio) quando dos æstimata evicta est, si bona fide res sint datæ, nulla est actio quæ viro competat. *l.* 69. §. *cum res.* 7. *ff. de Jur. dot.* Responde, nullam evictionis actionem dari, ex empto tamen actionem, vel exceptionem non negari, *d. l.* 1. quæ res arguit, quam male Brunnem. ad *d. l.* 1. actionem ex empto, & evictionis causa confundat. Sed nec a juris ratione fuerit alienum, dicere, si dos necessaria sit, sive inæstimata, teneri de evictione, qui coactus dare dotem, dedit rem alienam, *arg. l.* 19. *de O. & A.* etiam hoc

(c) *Pos.* 5. & 8. (d) *Pos.* 6.

hoc argumento; quod, si pollicitatio dotis præviâ, dantem facit obnoxium evictioni, necessitas dandi non minus efficax hac parte quam promissio, quæ necessitatem infert, esse debeat. Quod autem Brunnemannus idem ex Carpzovio *P.* 2. *Const.* 34. *def.* 23. tradit, donatorem quoque, si prævia pollicitatione donaverit, ad actionem teneri, merito displicet Bronchorst. 3. *assert. misc.* 70. Nam lex 2. *C. h.t.* donatorem non aliter ad evictionem obstringit, quam si nominatim evictio promissa sit, nec usquam aliter. Argum. vero a dote ad donationem non procedere, ex his, quæ *th.* 4. *&* 5. diximus, eximie liquet. Multo minus id probat *l.*18. §. *ultim. de donat.* aut lex 29. §. 3. *de Legat.* 3.

6. (e) Quid si non tota res, verum pars ejus evincatur? Actionem evictionis causa dari, scriptum est in *l.*1. *&* 45. *h.* modo pars non sit modica; & heterogenea, (1) veluti si nave vel domo vendita, tabulæ quædam aut cæmenta evincantur, *l.* 36. *h.* neque fructibus rei venditæ evictis datur actio de evictione, veluti si vacca vendita vitulus post emptionem natus evincatur. *l.* 43. Sed usufructu rei venditæ evicto, plane meritoque actio evictionis datur ordinaria. *l.* 46. *pr. h.t.* Proinde, si tertius in rem venditam jus emphyteuticos sibi competere probet, idem juris erit haud dubie, quia per has actiones ipsam rem avocari palam est, quod & de jure pignoris antea dictum, & habetur in *l.* 34. §. *ult. & seq h.* Sed enim ex omnibus illis causis, quibus negatur evictionis actio, dubium non est, quin ex empto, inæqualitatis corrigendæ gratia, *quæ hodie est unica*, recte agatur; si modo res ejusmodi sit, ut emptor secundum legem contractus inde teneatur. Ita si sterquilinium in fundo vendito sit evictum, de evictione quidem plane non potest agi, ex empto potest, si sterquilinium agri nutriendi, non si commercii causa habeatur, *l.* 17. §. 2. *de Action. empt.* ac ita servatum judicatumque a Curia nostra in causa *Bocacii Aggæi contra Diviam Friderici d.* 15. *Jul.* 1645. Dumuncul. seu cavea suibus & ovibus continendis, si mobilis sit, non debetur emptori fundi, licet affixa domui, quoniam adnexio illa facta non est ut pars domus fiat, sed ut firmius consistat. Ideo si evincatur, nec de evictione, neque ex empto agi potest, ut *eodem tempore inter easdem partes* judicatum.

7. Similis est de servitutibus quæstio; si fundus sit venditus absque mentione servitutum, deinceps inventis in agro servitutibus, an ex empto in id quod interest agi possit? nam de evictione agi non posse, non dubitatur. Imo ne ex empto quidem agi posse videtur ex *l. pen. h.* ubi tum demum, si ut *optimus maximusque* fundus sit traditus, venditorem teneri, respondet Venulejus. Nostro sermonis usu vix est, quo hanc formulam exprimamus: æquipollens erit, si dictum sit, *vry van Lasten en Servituten*, ut fit. *d.l. pen. & l.* 35. *de Act. Empti.* Hæc ita quod attinet ad evictionem & actionem in id quod interest. Sed actio quanti minoris ex Ædilitio edicto videtur etiam, ubi nihil est dictum, competere de servitutibus, ut ad *præcedentem tit. ex l.* 61. *ibid.* intelleximus, scilicet, nisi sciverit emptor, vel palam fuerit, eam fuisse pridem impositam. *d. l.* 61.

8. (f) Postremo, ad rei evictæ considerationem pertinet, quod ubi plures pariter unoque instrumento res sunt venditæ, de singulis actio detur, *l.* 72. *h.* quod de actione empti, si refert, eodem modo traditur in *l.*33. *de Act. empt.* nec ea parte hærendum, quia si duas res simul emero, quarum altera valet pretium solutum, si tamen alteram evinci contingat, evictionis actionem dari constet, *l.*47 *h.* quippe si bene sit emptum, nihil est cur hoc lucrum emptori decedere venditorique prodesse debeat, ad evitandam præstationem ipsi incumbentem. Adde Wissenbach. *h. th. ult.*

9. (g) Quando igitur ex eventu apparet, rem venditam alianve titulo oneroso translatam, esse gravatam hypotheca, usufructu, fideicommisso, aliove insigni defectu laborantem, datur actio vel ex evictione, vel inquam,

(e) *Pos.* 9. (f) *Pos.* 10. (g) *Pos.* 5. *tit.* 1. *lib.* 19.

(1) *Videtur dicendum, evicta parte, non committi ulletenus stipulationem duplæ, nisi in hoc mentio partis facta fuerit, idque indistincte, sive pars sit homogenea, sive heterogenea. Ob rationem, quod stipulatio non committatur nisi existat conditio; conditio autem stipulationis duplæ est, si res vendita fuerit evicta, quæ, evicta parte, non existit. Nec contrarium evincitur ex l.* 34. §. 1. *l.* 64. *h. t. & aliis, cum enim in iis non quæratur an duplæ stipulatio evicta parte committatur sed supponatur stipulationem esse commissam, utique supponitur mentionem partis esse factam, prout regulariter mentio partis solebat fieri: qua non facta, negat Paulus committi stipulationem in l.* 56. §. 2. *h t. Cur ergo Paulus in ea l.* 56. §. 2 *nominatim loquitur de homine, si idem obtineat in aliis rebus? Quia explicabat edictum ædilitium, quod expresse jubebat de servo cavere, non ut cæteras res excluderet, sed ut ex hoc exemplo hominis idem in aliis rebus obtinere intelligeremus.* Vide Barth. Chesium de different. jur. cap. 71.

quam, ex empto, cui periculo venditor evitando curare debet, ut omnia rerum onera conditionesque diligenter exprimat: solet hoc autem in privatis emptionibus aliter ac in publicis fieri, (scil. *publicas* vocamus, quæ palam sunt proscriptæ, licet res sint privatorum) in privatis conditiones coram testibus aut scriptura comprehenduntur, in quibus si quid ambigui sit, accipitur id quod venditori nocet. *l.* 33. *de Cont. Empt.* In publicis venditionibus bifariam fit expressio conditionum; primo in programmate, quo venditio futura significatur. Rursus apud ipsam venditionem, quando conditiones palam prælegantur. De his fuit quæsitum; si in publica tabula conditiones quædam onerosæ sint dissimulatæ vel male positæ, de quibus in secunda promulgatione conditionum edixerit venditor, si quid ejusmodi subesset discrepantiæ, de illo se obligatum non fore; quæritur, inquam, si emptor proscriptione publica deceptus, animo ad secundam promulgationem non adhibito, læsus sit, cum venditor ex prima declaratione teneatur, an per secundam liberetur? Responsio est, siquidem venditor sciens prudensque onera prius dissimulaverit, hactenus eum, non obstante posteriore stipulatione, emptori in id quod interest, ob dolum teneri. Tu dices; Emptor ad ultimam promulgationem attendere debuit, in ultimas conditiones itum est a partibus, ut emptor ea ratione deceptum se queri non possit. Enimvero si diserte consenserit in ultimas conditiones, nihil habet exceptionis: sed in illa facti specie nullus adhuc tempore promulgationis emptor fuit; & prælectiones conditionum in concursu hominum ad ejusmodi publicas venditiones, plerumque tam celeriter & tumultuarie fiunt, ut pauci ad illas animum advertere queant. Hæc etsi moris hodierni fit observatio, non modo tamen ex analogia, sed etiam e textu juris expresso proficiscitur, *l.* 13. §. *Idem Julianus*. 6. *de Act. empt.* secundum quam judicatum est apud Sandium 3. 4. 5. Si vero dolus absit, non est æquum, venditorem in id quod interest teneri, ob errorem primæ professionis. Sed de quanti minoris actione danda quid videtur? Hac de re in tali specie apud exedram consultatoriam actum memini. Venditor in tabula publice dixerat, agrum esse jugerum sexaginta, tributo satis gravi, tot *florenorum*, oneratum: sed apud actum venditionis edixerat, si minus jugerum & tantundem oneris esset repertum, se ratione proportionis disparatæ nolle teneri. Venditione facta & prædio addicto pro *tali pretio* in singula jugera, repertus est ager jugerum 54. dumtaxat, eodem onere tributi. Emptor petebat id quod interesset sua, vel quanti minoris essent singula jugera de numero 54. gravata tali tributo, quam essent singula jugera de 60. jugeribus, pari quantitate tributi. Venditor ex veteribus instrumentis probabat, olim istum agrum fuisse jugerum 60. sed compertum fuit, antecessorem proximum sex inde jugera vendidisse, quod se venditor hæres recens, ignorasse declarabat, idque erat probabile. Ab eo quod interest igitur omni, merito absolvebatur; sed quanti minoris etiam ignorantes tenentur, *l.* 13. *in pr. de Action. empt.* putavimus tamen, heic ne quanti minoris quidem agendum, propter ultimam stipulationem publice prælectam, quæ etsi non liberet a dolo malo, per *d. l.* 13. §. 6. a pœna tamen sine doli conscientia liberare videtur, quia lex nihil quam dolum heic notat, cumque requirit ut actio ex empto in illa specie detur. *d.* §. 6.

10. Huc quoque referendum, quod venditores ut plurimum addere solent venditionibus clausulam generalem; se rem vendere cum *juribus*, *commodis ac servitutibus ad eam rem spectantibus*. Ejusmodi clausulam, quæ in stylum complementi notarialis abiit, non posse venditorem tueri a præstationibus rerum, quibus ex natura contractus teneatur, nec ideo his verbis ullam inesse vim majorem, quam venditor habeat, si onus celatum sit, dicendum videtur. Nam quæ *tacite* sequuntur, ea celata non præstant in id quod interest actionem, quasi ex evictione, *l. pen. de Eviction.* sed quanti minoris actio datur indistincte ex reticentia, sive nihil dictum, sive ejusmodi clausula generalis subjecta sit. *l.* 1. §. 2. *de Ædil. E.* Idem juris esse quando ejusmodi clausula, cum respectu ad servitutes adjecta est, ex supra dictis *n.*7. intelligi potest. Plane talia, quorum emptor non nisi supina negligentia ignarus esse poterat; ejusmodi clausula continentur, haud ita in cæteris, quæ communiter inesse non solent & notabile præferunt gravamen, quemadmodum si fundo vendito, cum generali ista clausula, dein compertum sit, decem aureorum reditum annuum ei esse impositum, teneri venditorem in id quod interest eo nomine, merito judicatum esse, Nauta noster, ut *habent excerpta mea*,

mea, sine historia facti, memoriæ prodidit.
Non abludit hinc sequens facti species, de
quo disputatum apud Curiam. Prædium rusti-
cum erat venditum, id est *complexio agrorum,*
qui pariter omnes ad unam villam spectant,
cui domus, ut solet, *ad coloni habitationem*
erat imposita. Non erat in conditionibus ex-
pressum, an superficies illa sive domus rustica,
simul venderetur, nec an fundus illa superfi-
cie gravatus esset, sed clausula modo dicta ge-
neralis aderat. Colonus venditione facta, pe
tebat ab emptore pretium sive taxationem
ædificii; emptor ad venditorem reversus; Tu
hoc gravamen superficiei, (quod est maximum
& agri quandoque pretium æquat) inter one-
ra non posuisti, inquit; idcirco teneris ad hoc
præstaudum. Ille vero; Vendidi tibi fundum
tot jugerum, cui superficies cedebat ut acces-
sio. Superficiem agro esse impositam probe
scivisti, taxationem ejus esse onus agris impo-
situm, noveras & norunt omnes: hoc igitur
sub generali clausula comprehensum intelligi
debuit. Contra emptor urgere, tam enorme
gravamen specialiter exprimendum fuisse, ut
exprimi solet inter conditiones, *sintne agri*
superficie gravati, vel, an superficies accessura
sit *in de koop versmolten,* ut vulgo; denique,
emptori non constitisse, utrius superficies fuis
set, venditoris an coloni: ergo se de eo non
posse, venditores debere teneri. Quod ita vi-
sum est Senatui, secundum ea, quæ prædicta
sunt, & quia in dubio conditionum ambigui-
tas contra venditorem explicatur. *l.39. de Pa-*
ctis. In causa *Viri Amplissimi A. H.* contra
Petrum Schotanum Consulem Franequeranum,
in qual. d. XX. Oct. 1680.

11. Porro evictionis actio tam est necessa-
ria, ut tametsi promissa non sit, a venditore
nihilominus præstanda sit; imo, ut olim, ad
duplam, si per errorem facta fuisset simplaria
promissio, compelli poterat, ut supra ex *l* 51.
§. 20. *de Ædil. Ed.* hodie saltem in id quod
intersit, actione ex empto, *l.6. C. h. t.* Etsi
autem, cum illa sit Prætoria stipulatio, fide
jussore confirmanda videbatur, *arg. l. 7. de*
Præt. stipul. nusquam tamen plus stipulatione,
quod putem, requiritur; nisi periculum evi-
ctionis evidens immineat, tunc enim satisda-
tio respectu ejus periculi exercetur, in *l.24.*
C. h. t. quod tamen nulla ratio ad omnes casus

improvisos extendi permittit, ut multi volunt,
merito a Curia nostra apud Sandium impro-
bati. *l. 3. tit. 4. def. 9.* Quid si pactus sit ven-
ditor, ne de evictione teneatur? Ad pretium
tamen restituendum tenetur, quia bona fides
non patitur, ut emptor & rem & pretium
amittat, *l. 11. §. ult. de Act. empt.* (2) unde
e contra, bene paciscetetur, ut ad pretium
dumtaxat teneatur, non ad id quod interest
præterea. *l.23.verb. si aliud non placuit. C. h.*
t. Faber 4. *Cod. tit.* 33. *def.* 12 Consequen-
ter, si placuerit, ut non obstante protestatione
vel intercessione quacunque, teneatur emptor
ad solvendum, non potest tamen ad numeran-
dum cogi, sine cautione sufficiente, propter
imminens evictionis periculum, *arg. d. l. 11.*
§.ult. ut apud Curiam nostram judicatum re-
fert Sandius *d. tit. 4. def.*10. ubi id ampliatur,
etsi emptor inde ab initio sciverit evictionis
periculum; quanquam enim solutum pretium
a sciente repeti nequeat, *l.27.C. de Eviction.*
facilius tamen possidenti damus exceptionem,
quam re amissa repetitionem. Cujac. 18. *obs.*
10. Facilius quam prædictis casibus postulari
potest cautio ab eo qui promisit, se pretium ob
periculum evictionis non esse *consignaturum,*
quod frequenter conditionibus publicarum
venditionum inseritur. Valet equidem pa-
ctum, ut pretium consignare nequeat, etsi pe-
riculum sit in conspectu, ut Curia judicavit in-
ter partes nobiles, *ante ferias Pentecost.* 1680
salva tamen cautione, *de qua dictum.* Quid,
autem si cautio non præstetur? Emptor sine
debita securitate solvere non cogitur; ideoque
rem in consignationem desinere oporteret. De-
nique, si plane constet, rem esse alienam, an-
te solutum pretium, verius est, emptorem
non cogi ad solvendum, etsi cautio in even-
tum evictionis offeratur, quia quod res aliena
vendi posse dicitur, respectu venditoris, qui
ad tradendum & cavendum tenetur, accipien-
dum est, non ut emptor rem manifesto alie-
nam recipere cogatur, ut recte Tulden. *ad*
tit. C. de Act. empt. n. 3. quod de re alii
oppignorata dicendum non est, ut monet Fa-
ber *d. def.* 12. Adde Carpzov. *P.* 2. *C.* 24.
def. 31. 32. 37.

12. Memorabilis est proprietas evictionis,
quod ad ejus observationem plures venditores
aut hæredes in solidum teneantur, & rursus,
uni-

(2) *Veriorem putem sententiam Henr. a Suerin qui in lib. repetit. lection. jur. cap. 43. in thes. jur. D. Otton. tom. 4*
exponens l. 11. §. ult. de act. empt. asserit, venditorem, qui pactus est ne de evictione teneatur, nequidem ad pretium re-
stituendum teneri. Et hoc sententia, modo recte exponatur sensus Ulpiani in l. 11. §. ult. de act. empt. liquido ex eo loco
tu probatur. Consule eund. Henr. a Suerin loc. cit.

unicuique pro parte hæreditaria præstatio incumbat, *l.* 85. §. 5. & *l.* 139. *de V. O.* quæ res pene contradictoria, videndum, an hoc modo explicari possit. Defensio cum sit factum, dividi non potest, ideoque singuli ad illam in solidum tenentur, singulisque ita in solidum fit denunciatio, cui si unus se subducat, omnes defugisse videntur, & tamen quando ventum est ad præstandum id quod interest, non nisi pro partibus singuli tenentur. *dd. ll.* Qua in re igitur consistit exitus hujus obligationis in solidum? Si enim quisque pro parte sua solvendo id quod interest, in quod definit evictionis actio, defungi potest, quem effectum habet, quod in solidum singuli tenentur? Dicendum videtur, si cunctis venditoribus aut hæredibus sit denunciatum, & si quidam adfuerint, alii non venerint, nihilominus *esse denunciatum*, ut omnes de re evicta in id quod interest teneantur. Præterea, quando unus deficit non solvendo, reliqui pro illo solvere debent, servatis tamen inter se portionibus hæreditariis, pro quibus etiam in id quod interest sunt conveniendi, quæ videtur esse mens verborum *d. l.* 139. *in fine. Sed cum uno defugiente, omnes defugisse videantur, ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hæreditaria præstatio incumbit.* Atque hoc intellectu si petatur a pluribus, ut evictionis ergo singuli caveant in solidum, non habent recusandi causam, ut Gailius in Camera judicatum refert in *lib.* 2. *obs.* 14. *pr.* Aliter circa eandem quæstionem judicatum est a Curia nostra apud *Nautam*, in hujusmodi causa. Venditor creditori suo dederat cessionem in partem pretii, quod cum is ab emptore peteret, hic sibi a creditore caveri petebat in solidum. At is pro parte sua cautionem in causam evictionis offerebat, & judicatum est, sufficere oblationem cautionis pro portione pecuniæ, quæ illi de pretio cessa fuerat, in causa *Rembt Jelles*, contra *Goslyk Heerms*, *d.* 15. *April.* 1636. Cujus judicati, Cameræ Spirensi in speciem contrarii, hæc ratio esse videtur eaque optima, quod creditor originaliter ad defendendum non teneatur, sed venditor, dum ille nihil ex cessione quam jus petendi partem pretii consequitur; quod antequam percipiat, emptori cavere debet, eum secure soluturum. Atqui restitutio pretii & ejus quod interest, divisionem recipit *per ipsos textus laudatos*. Ad factum defensionis creditor in se recipiendum non tenetur, sed venditori denunciandum est, cujus obligatio dividi non posse dicitur in *ll. prædictis*. Supponendum autem, utili actione per cessionarium eo casu actum fuisse, per ea, quæ diximus *Part. II. pag.* 155. *n.* 2.

13. (h) Habuimus causas & naturam Evictionis; sequitur modus actionem ejus instituendi ejusdemque actionis effectus. Ad modum pertinet *denunciatio* cum suis sequelis, † *l.* 23. *C. h. t.* quo respectu, fatendum & jam dictum est, *moribus hodiernis* adhuc superesse notabile discrimen inter actionem evictionis & alteram ex empto; nam ad hujus effectum denunciatio nusquam requiritur. Evictionis actio, si nulla denunciatio litis ab alio motæ præcesserit, nulla datur adversus venditorem; quæ res facit, ut pleraque *superius* de usu utriusque actionis distincto collocata, etiamnum observanda sint, nec ignorare liceat, quando simpliciter empti, quando de evictione sit agendum. Quam primum igitur emptoribus eorumve hæredibus actio movetur, per quam res vendita vel pars ejus notabilis avocari queat, emptor venditori vel ejus hæredibus denunciare debet sibi litem esse motam,

(h) *Pos.* 11. & 13.

† Litis denunciatio in possessorio summarissimo, & mandato rei illicitæ, locum non habet; in aliis causis octo saltim diebus terminum præfixum antecedere debet, rationibus a denunciante adjectis, quo facto judex ex officio alium terminum Saxonicum constituet, præter partes, litis denunciatum, additis libelli & litis denunciationis copiis, etiam sub pœna *Tit.* 1. *O. P. S. E. I. & E.* injuncta, citari curabit; litis denunciato non comparente, pœnam exiget, & super litis denunciatione, ut juris, pronunciabit; litis denunciatum comparentem, sed in causa principali denunciato se jungere nolentem, non coget, ubi tamen expresse ad hoc se obligavit, causa finita litem denuncianti etiam victori, impensas a denunciato restitui jubebit; invito actore litis denunciantem e judicio & lite haud dimittet, huic tamen litis denunciatus, vel compulsorialibus & requisitorialibus decenter a denunciante impetratis, omnia atque singula documenta, ad litem principalem adjuvandam idonea, edet. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 14. §. 1. Reus litem legitime & modo memorata ratione non denuncians, in progressu litis ea amplius uti nequit, nec denunciandus seu auctor de evictione eidem tenetur; nisi clare pateat, auctori exceptiones aut adminicula fuisse nulla in manifesta causæ injustitia, quo casu, si in ipso procedendi modo a reo nihil peccatum est, hic eum, a quo rem habet, ad evictionem præstandam adigere, nihil impeditur. Litis etiam denunciatus, si rite facta denunciatione exceptiones suas denuncianti non suppeditavit, illis adversus hunc evictionis præstationem postulantem uti, petitus prohibetur, *d. Tit.* §. 2.

tam, & commonefacere, ut ipse liti adsistat. *l.* 29. §. *fin. h. l.* 23. *C. eod.* De hac denunciatione primo quaeritur, quo tempore sit facienda? Diximus, quam primum eam fieri debere, & quidem ante litem contestatam id satagendum docet Labeo *l.* 29. §. *pen. de Leg.* 3. ubi, *prius quam judicium accipiatur*, quibus verbis designari litis contestationem, non est dubium, *l.* 30. *de Judic.* Brisson. *de V. S. voce Judicium.* Postea tamen usu receptum videtur, ut denunciatio quovis tempore facta valeat, dum tamen ne prope ipsam condemnationem fiat. *l.* 29. §. *ult. h.* Textibus hisce conciliandis, quam adhibent distinctionem inter caussam onerosam & lucrativam. Alii, Exceptionem esse in legatis. Alii, verba *judicium accipiatur* significare tempus sententiae, ut videre licet apud Wissenbach. *h. th.* 20. Nobis id, quod dictum, simplicius videtur, requisitum denunciationis esse, ut in principio litis fiat, cum alias venditor, cujus res agitur, judicio rite suoque commodo adsistere nequeat. *d. l.* 29. §. *fin.* Habete tamen hoc praeceptum civile laxamentum, ut ne statim nulla sit denunciatio, * si post litem contestatam fiat; modo justum defensionis spatium venditori non subtrahatur. *l.* 29. §. *ult. h. t.*

14. Denunciationis venditori faciendae scopus non unus est. I. Ut venditor litis motae certior fiat, idque est *laudare* venditorem. *l.* 63. §. 1. *h.* II. Scopus est, ut venditor adsistere possit liti; *venditore praesente* judicetur. *d. l.* 63. §. 1. Alibi, auctoris haeredibus *adsistere negotio denuncia. l.* 23. *C. h. t.* Item, ut *de re agenda adsit. l.* 29. §. *ult. h. t.* III. Ut venditor emptorem instruat. *l.* 53. §. 1. IV. Quartus scopus est, ut venditor emptorem defendat. *l.* 49. *in pr. de Jud. l.* 75. *de Procurat.* V. Quintus finis est, ut emptor animum suum capiendi regressum contra venditorem testetur, quod ex iisdem textibus omnique *hujus tituli argumento* elucet. Ex his rationibus apparet, esse verissimum, quod satis frequenter ab interpretibus traditum est, venditori quanquam litis motae gnaro, nihilominus esse denunciandum, ut adsistat liti, ut instruat emptorem, eumque defendat. *l.* 53. §. 1. *h. t.* Fachinae. 2. *controv.* 35. Perez. *ad tit. C. h. t. n.* 28. Wissenbach. *ad h. t. n.* 19. In fidejussore, qui pro evictione spopondit, exprimitur, *etsi jam ignoraverit*, in *l.* 7. *C. h. t.* de venditore ubique leges distincte loquuntur. Atque ex his facile potest responderi ad *l.* 1. *in fin. de Act. empt.* R. 31. *de R. J. in* 6. *ubi*; *qui certus est*, *non debet certiorari &c.*

15. (i) Imo nec temere Bachovius *notis* ad Wesenb. *h. t. n.* 5. vix putat admittendam limitationem, quam alii suggerunt: *Nisi caussa notorie injusta & desperata fuerit.* Superiores enim rationes eam vix admittunt, si modo termini habiles litis adsint.

SCHOLIUM.

Priores eam admittunt, non tamen quinta, quam Auctor in eo consistere dixit, ut emptor animum suum testetur capiendi regressum adversus venditorem. Sed quod hanc rationem concernit, desidero textum. Et satis testatus est animum suum capiendi regressum emptor in stipulando de evictione, juri autem exinde quaesito non potest colligi renunciasse, per omissam denunciationem; renunciationes siquidem sunt stricti juris. Placet igitur potius dissentientium opinio, quos inter est ipse Wissenb. d. l. arg. l. 11. §. 12. de Act. empt. Adde *Carpz.* Proc. tit. 4. art. 4. n. 32. & 38.

RESPONSIO.

Textum in eam rem non desideret, qui legit, ubique emptorem id agere denunciando, ut indemnis a venditore & ejus sponsore praestetur. l. 27. & l. 23. C. h. t. *Idem caeterique Textus omnes dant actionem de evictione post denunciationem, nunquam aliter. Qui omisit antecedens necessarium, consequens adipisci qui possit? Denique ad formam negotii pertinet denunciatio, qua neglecta, effectum ejus cessare oportet. Textus absolute loquuntur, si denunciatum non sit, nulla est evictionis actio, sine ulla limitatione,* l. 8. & l. 20. C. h. t. *quam proinde nobis adjungere non licet. Generalis intentio, quam in evictione stipulanda testatus est emptor, ut Thomasius arguit, in hypothesi casuque speciali sufficere non potest. Videtur litem suam fecisse, qui rem alieni periculi ad se solum adeo pertinere voluit, ut ne certiorem quidem eum, ad quem maxime spectabat, faciendum putaverit.*

N. ADDIT.

Hic mutat Auctor scenam, &, cum assertionem suam antea ex rationibus legum probare voluisset, iis a nobis partim rejectis partim dubias esse probatis, cum textum pro salvanda ratione afferre non posset; jam ad verba legis generalia, omissis rationibus provocat. Quibus nihil

(i) *Pos.* 12.

* Et ita etiam placuit Legislatori Saxonico, *es werde gleich vor oder nach der* Litis contestation *geschehen.* O. P. S. tit. 14. §. 1.

hil aliud repono, quam, Jurisprudentiam nostram esse rationalem, & scire leges, non esse verba earum nosse & brocardico absurdo Glossæ: Quod lex non cantat, nec nos cantare debemus.

Adhaerere, sed vim earum, & potestatem ex ratione potissimum hauriendam intelligere. Est ergo petitio principii, quod in hoc casu emptor videatur rem sui periculi fecisse. Denique quod in sequentibus ab Auctore additur; Male consulitur tam præpostera disceptatione, suo in tempore & in loco omissa, *id minime persuadebit. Non est dicenda præpostera disceptatio alieno tempore & loco facta, ubi jam agitur de obligatione venditoris. Hic Rhodus est, & adeo locus & tempus conveniens, ubi saltandum sit.*

Accedit hæc ratio, quod etsi res liquida videatur, nemo tamen defensionibus suis præcludendus, nec quisquam inauditus sit condemnandus, quod fieret, si re non defensa, venditor ad præstandum teneretur. Tu dices; Audietur, si ab emptore conventus rationes habeat, propter quas potuisset non condemnari. Sed male consulitur tam præpostera disceptatione, suo in tempore & in loco omissa; juri convenientius & expeditius est, una lite defungi, neglecta denunciatione, non quærere de meritis causæ; jura vigilantibus scripta censere. Sane quoties ab emptoribus actio mota est, adversus auctores suos, vel eos qui receperant se præstituros, *ut solutio facta bene verteret*, nunquam hanc distinctionem, qualis causa fuerit, adhibitam vidi, sed quotiens lis fuerat & omissa denunciatio esset, regressum non dari ita existimatum est, ut non meminerim, inter partes vel inter judices ea de re contradictorie disceptatum esse; omnes pro certo habere visi sunt, denunciatione nulla existente, fundamentum, initiumque evictionis deficere. Nec temere dixeris, si denunciationis præscriptum a judicum arbitrio suspendas, ita ut illa, quoties causa manifesto iniqua judicetur, non sit opus, ejus observantiam valde fluctuaturam, nec amplius legis, sed quasi judicis arbitrarium fore requisitum. Hæc ita, inquam, quotiescumque litis materia fuit; nam si inde ab initio res sit in terminis *Notorietatis*, ut sic loquar, evidentia indubitabili, confessione venditoris, aut re prius judicata, ut nulla species litis appareat, non negem, possessori rem suo domino sine lite vel denunciatione, licet hæc omnino sit tutior, restituere licere, per *l.* 31. §. 1. *Deposit.* Costal. ad *l. dictum.* 55. *h. t.* quo modo si dissentientes causam *notorie injustam & desperatam* intelligant, per me nullus remaneat dissensus.

16. Ex iisdem denunciationis finibus intelligitur, quid denunciatio continere debeat. 1. Significationem litis, quæ, a quo moveatur. 2. Postulationem, ut venditor adsit & absistat liti. 3. Petitionem, ut venditor emptorem instruat. 4. Ut eum defendat. 5. Testationem emptoris sive expressam, sive implicitam, capiendi regressum contra venditorem, si res evincatur, qua gratia denunciationem unice in eventu institui constat. Quo autem hoc effectu denuncians potiatur, receptum est, ut venditori, juxta denunciationem, præfigat diem, quo in jus veniat, ut videat denunciantem de effectu denunciationis suæ protestari, & si quid habeat, quominus denunciatio valere debeat, id proferat, super quo, si opus, judicio disceptetur. In jus quidem vocatio in legibus eo fine prodita non legitur, cum nihil in iis, quam denunciatio memoretur; unde pupillis, etiam solis, facta valet, *l.* 56. §. *ult. h.* quod ab in jus vocatione alienissimum. *l.* 22. *pr. de In jus voc.* Verumtamen optime subservit ei, quod ex legibus antea comprobatum est. Vulgo autem in Foro, non modo protestantur de effectu denunciationis, sed etiam petunt venditorem condemnari, ut liti adsistat & pro se interveniat, totumque judicium in se transferat: quod etiam adeo receptum videmus, ut in eam rem condemnationes omni die fiant, ad hoc, ut venditores pro emptoribus interveniant; quam vetere praxi nescio, Sandius eam ignorasse videtur, quando ita scribit in *lib.* 1. *tit.* 1. *def.* 5. Hæc ita, *Quando venditor PARATUS est defensionem suscipere. Quid autem, si venditor alleget, se non teneri ad auctoritatem, nec teneri suscipere defensionem, vel alioqui emptorem defendere NOLIT.* eoque casu docet, venditorem apud alium judicem & quidem suum proprium, ad obtinendum denunciationis effectum, esse conveniendum: quod nunc in eodem Foro & eadem instantia satagunt: nec adeo nefas esse putem inquirere, an non ista agendi methodus, ultra quam juris ratio ferat, provecta fuerit. Credimus enim, verissimum esse, quod Castrensis ad *l. Venditores de V. Obl.* & theoriæ simul atque praxeos peritissimus Scriptor Joannes Gutierez *de Contract. jurat. c.* 61. *n.* 11. probarunt, venditorem non

 posse

posse condemnari ad interveniendum pro emptore, nisi ad hoc specialiter se obligaverit, ut dicere occupavimus, *ad. tit. de Procurator. in fin. Part. II. pag.* 155. Rationes habemus, 1. quod actio de evictione nulla detur, nisi quando res evicta est: *Si res evincatur, si evicta est, habet regressum emptor in venditorem. l. 1. pr. & in fin. h. t.* Nec empti neque ex stipulatu actio dari potest in venditorem, nisi commissa fuerit stipulatio. *l. 16. §. 1. & l. 21. § 1. h. t.* Atqui in illa stipulatione nihil est, nisi quid præstiturus sit venditor, si res evicta fuerit, si aliena reperiatur. *dd. ll.* Ideo *qui rem emit, quamdiu evicta non est, auctorem suum convenire non potest*, habetur in *l. 3. C. h. t.* Manifestum igitur est, stipulationem evictionis causa præstari solitam, nihil aliud, quam quod diximus, continere; non defensionis ante litis exitum necessitatem, nec ejus quod interest præstationem, quamdiu non appareat, rem alienam esse venditam. Empti quoque actio (hæc *secunda* ratio) non tenet venditorem, quamdiu nihil ipsi potest objici, quasi præstanda non præstiterit. Non recipit in se, quod nemo litem sit moturus; hoc in potestate non habet, & esset fortuiti casus præstatio, ad quem ut nemo, ita venditor non tenetur, cum emptor etiam ante traditionem ferat casus fortuitos. *l. 8. de Peric. & comm. rei vend.* Quæ hæc esset iniquitas? Rem tibi vendidi vere meam; sunt homines importuni, a quibus tibi lis ea de re movetur. Quoties illi te vocant, ego judicium pro te suscipere, quod non promisi, cogar; imo tuus hic casus est, quem feras oportet. Si liqueat, rem petitoris esse, tum denique casus, quem ego repromisi, extat: meam rem me vendere dixi; non est mea; commissa est stipulatio; res loquitur me teneri. Si non liqueat, me vendidisse rem alieni juris, nulla causa me facit obnoxium. Quid vero? *Tertia Ratio*. Si absolutus sit emptor, compensatis expensis, non teneri venditorem ad impensas ei refundendas, cum ipsi nihil imputari possit, recte Wissenbachius noster ex Cujacio ad *l. 102. de V. O.* statuit *th. 25. h. t.* Quod si judicium suscipere cogeretur, ad impensas per consequentiam semper teneretur. His adde pro *quarta* ratione, quod emptor ubique, nusquam venditor, judicium evictionis sustinere dicitur. *Defensio competit emptori, & hic PATI potest, venditorem vel creditorem pro se litem suscipere*, traditur in *l. 63. vers. Scientibus. de Re Judic.* Fit equidem denunciatio venditori (hæc est objectio) ad hoc, ut emptorem defendat, *l. 49. de Judic. & l. 74. §. 2. h. t.* quoniam ipsius maxime interest. Verum si ille vel negligat, vel supervacuam putet operam suam, potest quidem fieri, ut sibi forte præjudicet, verum absolute cogi ut adsistat non potest: si adjungat se pro eo quod interest sua, emptoremque instruat, ab eo prohiberi non potest; cogi posse, nusquam dicitur emptor. *l. 19. C. de liber. caus.* Forte alicui magis obstare videatur *l. 75. de procurat.* ubi *in fine*; *nihil prohibet, dominum rem petere, & COGI venditorem rursus defendere*. Sed jam ad *d. tit. de Procurat. pag. 155. Part. II.* defensores necessarios bifariam vocari diximus, *absolute* tales, vel *secundum quid*. Absolute tales, qui ad interveniendum pro aliis causamque defendendam se diserte obligaverunt; hi præcise *coguntur*. Secundum quid necessarios defensores esse, auctores, contra quos rei damnati habent regressum, ut sunt venditores in casu evictionis, & debitores, qui res alienas pignori dederunt: qui omnes, cum ad illos periculum redundet, si rem bene curare sibique consulere velint, emptores, sæpe ut in re alieni periculi negligentius agentes, *defendere coguntur*: non absolute, aut inviti, sed re ipsorum ita flagitante, qui plane sensus in *d. l. 75.* elucet. Plane qui dissentiunt, nec enim desunt, ita demum obtinere probant coactionem, si venditor ad defendendum vocetur per modum *actionis plenæ*, non si per modum *denunciationis* conveniatur. Nicol. Burgund. *tract. de Eviction. c. 49. n. 4.* Atqui id ipsum negamus, (proinde sit hæc *quinta* ratio) venditorem ante rem evictam plena actione posse conveniri, *per d. l. 3. C. h. t.* Nam conveniendi verbum in *d. l. 74. §. 2.* est generale, conveniens etiam simplici denunciationi. *l. 10. §. 5. quæ in fraudem Cred. & l. 122. §. 5. de V. O. l. 10. C. de pignor.* Evictionis causa nusquam aliud quam denunciatio proditum legitur.

17. Cæterum, pro speciali obligatione ad interventionem, quo casu venditorem cogi nulla dubitatio est, *l. 35. §. 3. de Procurat.* haberi posse talem promissionem, *curabo, ut omnis absit molestia & turbatio*, facile concedimus referenti Stockmanno *decis.* 102. Nam iis verbis lites & processus, quibus nihil molestius, comprehendi, non potest dubitari, qua de re videndus Tuscus *vol. 5. Conclus.* 37. ubi tractat, ad quid teneatur, *qui molestiam* non

non dare promisit. Non abludit hinc usus vocis gallicanæ *guaranteren*; quod etiam ita usurpatur, ut Stockmannus *ibidem* hæc verba, *de ne vouloir-point guarantir*, explicat his verbis; *se nolle causam defendere*. Sed revera vox illa, quæ nostratibus frequenter in usu est, nihil aliud in nativo sensu quam *evictionem præstare* significat. Nam *guarand* est auctor, a quo rem habemus, quo nitimur & qui periculum nobis præstare debet: unde ex Anglia frequens illud *Quo guaranto*, seu *warranto*, audivimus, id est, unde jus hoc tibi vindicas? *Quo auctore id agis*, *id juris exerces*? Idcirco non immerito nostrates, qui plenius sibi consulunt, post *guaranderen* addunt, *& in judicio pro me intervenire*, sive explicandi, ut fere putant, sive ampliandi causa. *vid.* Calvin. in *Lex*.

18. Porro ex his intelligimus, emptores, qui rem simpliciter emerunt, non posse a venditoribus exigere, ut promittant, se pro ipsis interventuros in judicio, verum posse defungi eo, quod emptionis venditionis natura postulat, ut promittant, se præstituros evictionis periculum, vel etiam, ut pro evictione caveant, *sub hypotheca bonorum suorum*; quæ est formula nostratibus usitata. Nec si venditor hanc præstet, emptor quominus solvat pretium, habet recusandi causam; quia nusquam plus in legibus exigitur, nec opinor, hactenus in usu nostro; verum si quis instrumentum venditionis in ordinaria forma, munitum ejusmodi super evictione clausula, dare paratus sit, quominus ille pretium petat, nihil obstare crediderim, etsi verum sit, ex usu nostro clausulam evictionis desinere in interventionem. Porro ita videtur addendum, ea, quæ disputavimus, non obstare, quominus emptor, *si ante solutum pretium notabile evictionis periculum immineat*, pretium retinere possit, dum venditor ipsum hujus litis respectu, ab omni molestia liberet, secundum ea, quæ de cautione hoc casu exigenda diximus *ante*. Quod si absque præsenti evictionis periculo vel concursu creditorum, offerat instrumentum venditionis, cum cautione evictionis, sine interventione, emptor ad solvendum compelletur; quin etiam ex causa promissio interventionis expressa inde ab initio peti potest, ab iis, qui sine promissione de evictione prorsus non tenentur. Exemplum; emerat aliquis prædium hominis obærati, cujus creditores pecuniam erant accepturi. Quisque in ordine suo petebat ab emptore pretium ad concurrentem pecuniæ sibi debitæ quantitatem. Emptor ajebat: se esse paratum, si caverent sibi de periculo evictionis, & quisque promitteret in causa litis, interventionem. Creditores offerebant apocham cum cessione juris sui & cautione, quod solutio contra quoslibet ei bene verteret; interventionis necessitatem, cum nec ad evictionem præstandam creditores teneantur, declinabant. Judicatum est, emptorem non cogi ad solvendum, nisi creditores interventionem promisissent, *in causa Elisabethæ Heidema cum sociis, creditoribus Secretarii Hettinga, contra D. E. V. a Claerbergen, ante ferias Pentecost.* 1680. Merito enim creditores, qui venditoris loco pecunias appetunt, ad hanc cautionem, pecunia nondum soluta, teneri videbantur, quia non simplex erat periculum evictionis, sed etiam, ne non ordo creditorum male servatus esset, ne quis alius potior emergeret; neque postulandum erat ab emptore, ut se tot litibus, quot inde extrinsecus, extra respectum inter se & venditorem oriri poterant, objiceret.

19. (k) Cæterum, quando venditor ab emptore denunciatus, liti vel adsistere vel eum defendere non detrectat, ad forum emptoris, cujus est propria causa, licet ipse reus futurus, venire cogitur; cum ipsius causa tantum sit accessoria, *l.* 49. *de Judic. l.* 35. §. 2. *de Procurat. l.* 19. *C. de Lib. caus.* quod si plena actione, non per denunciationem, conveniretur, negandum est, venditorem ad aliud quam ad suum forum venire compelli, nec id legibus usquam proditum. Quis enim legit, plenam super evictione, nisi post rem evictam, dari ullam actionem? Nec aliter Sandius *d. defin.* 5. Quod si verum, ut est verissimum, evanescit distinctio; quod venditor ad interveniendum cogi possit, si plena actione conveniatur; non cogi, si per denunciationem procedatur, ut volebat *Burgundus*. Sola denunciatione & protestatione de effectu denunciationis opus est, nec aliud, inquam, legibus proditum monstrari potest.

20. (l) Sed pergamus ad casus quibus cessat actio de evictione; quorum unum, si creditor pignus jure creditoris vendiderit, absolvimus ad *tit. de Distract. pign.* ubi limitationem re judicata firmatam adjecimus; scilicet emptorem tamen, imminente evictionis periculum-

(k) *Pos.* 14. (l) *Pos.* 7.

culo, non teneri ad pretium solvendum, nisi cautione pro imminenti periculo præstita; quemadmodum etiam, si creditor evictionem promiserit, ut plerumque fit in rebus soli, quia nemo aliter ab illis emere velit, sine dubio teneretur. Sicut etiam qui ab debitore emit, si creditores utili hypothecaria pretium petant, non teneri ad solvendum, *nisi cautione præstita*, modo intelleximus. Quid si emptor sine cautione solverit creditoribus venditoris, & deinde ab aliis potioribus directa hypothecaria conveniatur; an adversus eos, quibus solvit, non habet regressum evictionis causa? Non habet, quia suum illi, idque jure creditorum acceperunt, quo casu de evictione non tenentur. *tot. tit. C. Creditor. evict. pign. non præst.* Verum est, ibi casum, quo creditor ipse vendidit, tractari; sed heic eadem est ratio. Quin & alia; quod si creditor non sit venditor, multo minus adversus eum sit evictionis actio. Sic etiam servatur apud Forum judicatumque est ita sæpe, nominatim in causa *Alberti Ackeri*, contra *D. Reggnerum Rheen cum sociis*, 29. *Jun.* 1660. & rursus in causa *nobilis matronæ contra Creditores Titi Hania, ante ferias natalitias ejusdem anni.* Quod si creditores apud *Commissarium* Curiæ aut alias caverint, se potioribus supervenientibus pecunias restituturos, emptor, qui sine cautione solvit posterioribus, a potiore creditore, cui denuo solvere cogitur, sumere potest cessionem adversus ordine sequentes, qui pecunias acceperunt; quemadmodum in eadem causa usu venerat; eo quod mater matronæ emptrix, a quibusdam cessionem, ab aliis non acceperat: ingenti detrimento edocta, quam sollicitus oporteat emptores esse, qui ab hominibus ære alieno gravatis res soli comparant. Sane absque prævia cautione, priores creditores in pecunias a posterioribus acceptas & consumptas, nihil quod cedant, habent, ut ad *d. tit. de Distract. pign. n. ult.* demonstravimus.

Porro, sicut creditores, qua tales, pignora vendentes non tenentur evictionis causa, sic etiam tutores, curatores, procuratores, de rebus a se in ea qualitate venditis, finito officio suo non teneri, certum est, si modo qualitatem suam alieni nominis, approbent; nisi proprio nomine periculum evictionis in se receperint, secundum ea quæ ad *tit. de Exercit. act. n.* 4. & *seqq. Part. II. pag* 422. diximus, quibus adde Fab. 8. *Cod. tit.* 31. *def.* 6. Costal. ad *l.* 40. *h.t.* Huc etiam pertinet casus frequens; an, cum maritus cum uxore rem ad uxorem pertinentem vendiderit, vir finito matrimonio de evictione teneatur. Si vir ut curator uxoris vendiderit, consentaneum est, eum non teneri. Sed aliter judicatum est in tali specie. Maritus & uxor vendiderant agrum uxoris ex fratris ejus hæreditate, & pro evictione se obligaverant. Finito matrimonio conveniuntur ex ea causa maritus & uxoris ejus hæredes. Maritus ait, se ut curatorem uxoris, non suo nomine vendidisse, qua de re finito matrimonio se non teneri. Condemnatus tamen est, quia non in ea qualitate, verum simpliciter cum uxore vendiderat & caverat, etsi negotium apparer t uxorium esse: proprio nomine locutus erat & ita se obligaverat, quod utique poterat, nec emptorem decipere debuit. *l.* 9. §. 1. *Locati*. In causa *Rienck Douwes tot Deinum*, contra *Claes Claessen cum sociis*, 1679.

21. (m) Reliqui casus cessantis ob evictionem actionis ad duo capita referri possunt: * I. Ad factum emptoris. II. Ad casum fortuitum. Ad primum caput spectant hi casus. I. Quando emptor *rem alienam*, aliive *obnoxiam*, ut addit Thomasius *positioni nostræ* 18 *h. t.* sciens esse talem, emit, *l.* 27. *C. h. t.* ubi nec pretium repetendi jus datur, si non expresse ita convenerit. *arg. l.* 1. *in fin. de Action. empti.* Non obstante *Nov.* 7. *c.* 5. ut legenti facile patebit: tamen etsi qui a creditore pignus emit sciens, habeat pretii repetitionem, *l.* 2. *C. Si vend. pign. ag.* quia debitor ipse per distractionem pignoris liberatus est. Sic etiam qui rem fideicommisso subjectam, pendente conditione sciens emit, pretium recuperare potest, non quod præterea interest, nec ut olim, duplum. *l. ult.* §. *ult. C. Commun. de Legat. & fideic.* Idque ideo, quia tales venditiones jure sunt licitæ, nec ideo scientia rei alienæ emptoribus, ut vitium, objici potest. *L. Statius Florus* 48. §. 1. *de Jure Fisci*. Proinde, si quis fundum habeat alii ex fideicommisso, *si sine liberis morietur*, restituendum, & susceptis liberis fundum tibi vendat, si deinde mortuis liberis extiterit conditio

(m) *Pos.* 18.

* Addunt nonnulli, in Saxonia actionem ad evictionem præstandam non dari adversus Judæum, *e. L. R. l.* 3. *art.* 7. Zobel. *P.* 2. *diff* 31. *n.* 17. sed non receptum esse hunc articulum apud nos, bene monet Philipp. *ad dec.* 13. *Obs.* 3. *num.* 14. Schulz. *Syn. Inst. tit. de obl. quæ ex del. nasc. lit. g.* conf. Pingizer *qu.* 49. *n.* 19.

tio, tuque fundum fideicommissario tradere coactus sis, venditor tibi pretium, non id quod amplius interest, restituere debet. *d. l. ult.* Si vero fundus non evincatur, sed penes emptorem maneat, siquidem onus sciverit emptor, non habet actionem: si nesciverit, venditorque celaverit onus, habebit actionem in id quod interest, per *l.* 1. *in fin. de Action. empt.* Qua in re valent etiam præsumptiones, ut si emptor de familia, neque testamentum occultum fuerit, onus non ignorasse credatur, ut Curiæ nostræ visum est in tali specie. Carolus *a Roorda* vir egregie de Republ. meritus, & Lucia *Wissema* conjuges, bona sua durante matrimonio adquisita divisserant. In qua divisione cesserat uxori domus Leovardiensis, constante matrimonio de fratre ipsius empta, sed fideicommisso a matre eorum gravata. Finito morte matrimonio, mulier a viri hæredibus petebat id quod intererat sua, vel quod minoris erat domus, propter onus fideicommissi: sed repulsam tulit; eo quod testamentum matris ei probe fuerat cognitum, ideoque fideicommissum non ignorasse præsumebatur; cui accedebat, quod apud divisionem maritus ei concesserat e communi quinque millia Florenorum pro redhostimento, quod pars ejus deterior quam sua videretur; etsi non erat expressum, illam mantissam pecuniariam ad onus fideicommissi, cujus plane mentio facta non erat, pertinere. *Ita in causa Luciæ a Wissema*, contra *Johannem a Velsen cum sociis*, ante ferias Paschales 1680.

22. (n) Ad factum emptoris quoque pertinet, si dolo, contumacia, negligentiaque sua contigerit, ut vinceretur, vel quominus denunciatio fieret, *l.* 55. *pr.* & §. 1. *h. t. l.* 8. *C. eod.* item, si cum appellasset, fatalia præterire passus sit, *l.* 63. §. 2. vel usucapiendi occasionem prætermiserit. *l.* 56. §. 3. Denique, si emptor in arbitrum compromiserit & contra eum data sit sententia, nulla ipsi actio de evictione danda est adversus venditorem, *l.* 56. §. 1. ubi additur hæc ratio; *Nulla enim necessitate cogente, id fecit.* An hæc ratio faciet, ut excipiamus casum, si emptor docere queat, se ad evitandos sumptus & incommoda longæ litis id facere coactum? Non videtur; nec enim ipsi de causa alieni periculi laborandum erat, sed post denunciationem venditori hoc suo arbitratu administrandum permittere debuerat. Ipse compromittendo rem suam facere visus est, quia nemo compromittere potest, nisi de rebus, quarum ipse liberum habet disponendi arbitrium, ut probatum est ad *tit. D. de Arbitr. n.* 4. *Part. II. pag.* 187. An excipiemus casum, si plane certum fuerit, evictionem non potuisse evitari? Ne id quidem lex aut ejus ratio permittit: nec enim necessitas tali casu emptorem ad compromittendum coegit. Tu vero inde collige sis; sic compromittendo in arbitrum, emptor suum regressum amittit indistincte, causa licet desperata, nec aliud juris esse, cum denunciando supersedit, *d. l.* 8. *C. h. t.* qua de re *superius* actum est. Quid si denunciaverit emptor venditori, eum ad arbitrum iret? Venditor impune non parebit; etenim extra compromissum arbiter nil nisi privatus est. Plane si venerit atque adstiterit, ex consensu suo quin teneatur, nihil obstat. Ex argumento hujus legis 56. §. 1. emptorem, si transegerit, juraverit, vel confessus amiserit actionem, æque regressum ex causa evictionis amittere, tradit ex communi sententia Costalius ad *hunc* §. & recte opinor, cum sit eadem ratio.

23. (o) Sequuntur casus fortuiti, propter quos evictionis actio cessat: ut si res, antequam evincatur, sine dolo emptoris perierit, etsi alienam fuisse probari queat, evictio tamen cessat. *l.* 21. *in pr. h. t.* Idem erit, si fundus a fisco publicatus fuerit. *l.* 11. *h. t.* Denique, si per injuriam vel stultitiam judicis manifestam victus sit emptor, evictionis actio cessat. *l.* 5. & *l.* 51. *h. t.* Verum in dubio pro sententia præsumitur. *l.* 15. *de Stat. hom.* Si vero enim præsente venditore, iniqua sententia fuisset lata, nec is appellasset, magis est, ut emptori regressus contra venditorem daretur, ait Costalius ad *hanc l.* 21. quæ est insignis limitatio ex *l.* 63. §. 1. *h. t.* quod rursus argumento est venditores denunciatos non semper adstitisse, nec adeo coactos fuisse adsistere liti. Simul hoc inde percipimus, a venditore nihil amplius exigi, quam ne rem alienam aut alteri obnoxiam vendiderit; non etiam, ne alius emptori litem injuste moveat, cujusmodi factum tertii non magis venditori, quam judicis injuria nocere potest. Ideoque si absolutus sit emptor, nulla causa est, ut ad impensas, vel ad onus defensionis, antequam liqueat, stipulationem evictionis esse commissam, teneri dicatur; qua de re *similiter* actum.

TIT.

(n) *Pos.* 19. (o) *Pos.* 15. 16. & 17.

TIT. III.

De Exceptione rei venditæ & traditæ.

(a) Superiore capite traditum est, quid juris sit, quando res aliena vendita vindicatur & evincitur a domino, actione contra emptorem, cujus periculum in venditorem redundat, instituta. In hoc titulo de re quoque vendita, sed quam ipse venditor repetit, agitur. Si quæras, quo prætextu venditor rem a se venditam evincere possit, hunc accipe; si, cum venderetur, res quidem aliena, sed deinde venditoris facta fuerit. Ait venditor, se esse hæredem domini, a quo vivo res evinci potuit; ergo & a se posse, cum hæres in omne jus defuncti succedat. Sed fortior est ratio, quod ipse vendiderit, nec suum factum alio jure subvertere possit, ideoque repellitur *exceptione rei venditæ & traditæ*. *l.* 1. *pr. h.* Quin imo si ipse venditor dominum rei hæredem reliquerit, huic factum defuncti obstat, ne venditionem rescindere possit. *l.* 1. §. 1. Quæ cum ex contractu sit exceptio, datur etiam hæredibus & contra hæredes. *l.* 3. *in pr.* & §. 1. Nocet etiam fidejussori, ut si hic pro valore venditionis spoponderit, & deinde rei venditæ, quæ tunc erat aliena, dominus sit factus, ipsi rem evincenti obstet exceptio. *l.* 11. *C. de Evict.* Quid si hæres ejus, dominium rei venditæ nactus, aliunde quam a Fidejussore, eam evincere velit, an potest? Ex analogia juris non poterat; debet enim præstare factum defuncti, nec potest evertere contractum, pro quo fidejussor, cujus hæres est, ipse spopondit. *arg. l.* 42. *de R. J. L.* 2. §. 2. *de V. O.* Sed lex hanc consequentiam præcidit, hæredemque fidejussoris hujus exceptionis rigori eximit, *l. ult. C. de Evictiion.* quæ cum sit exceptio, minime tollit regulam ita dictantem; fidejussor etiam hæredem relinquit obligatum, §. 2. *I. de Fidejussor.* contra quam virum doctum aliquando, sed in propria causa, meminimus asseverate contendere, sed invita Themide atque Suada.

(b) Æquitatem in *d. l. ult.* desiderant aliqui notante D. Wissenb. ad *h. t.* etsi Faber ejus sententiam, ipsi juris analogiæ consentaneam arbitretur, ad *d. tit. C. def.* 2. Nobis nec analogica nec iniqua videtur. Est etiam exceptio in muliere, quæ fundum dotalem consensu suo venditum, sine metu hujus exceptionis, repetere potest, per *l. un.* §. 15. *C. de Rei uxor. act.* Quanquam hæc proprie non est exceptio, cum venditio potius inde ab initio nulla fuerit, *d.* §. 15. & *pr. Inst. in fin. Quib. alien. lic. vel non.* Quid juris sit, quando res duobus vendita & uni tradita est, habuimus ad *tit. de Public. in rem Act.*

(a) *Pos.* 1. 2. & 3. (b) *Pos.* 4. & 5.

LIB. XXII. TIT. I.

De Usuris & Fructibus & Causis & omnibus Accessionibus & Mora.

I. Etymologia Usuræ. II. Definitio. III. Divisio in tres species, an accurata. IV. An usura sit licita. V. De fœnore trapezitico. VI. Usuras usurarum plane esse prohibitas, etsi debitor consenserit. VII. Etiam post sententiam & taxationem. VIII. An & in usuris compensatoriis, quæ fructuum loco præstaniur. IX. Mutata debitoris persona, usuras amittere σχέσιν usurarum, & rursus parere usuras &c.

(a) SUperiore *libro* de appendicibus aliquot emptionis venditionisque fuit actum, nunc ad accessiones contractuum generales cum Justiniano relabimur, juxta methodum ejus arbitrariam, quæ sunt usuræ, fructus, causæ, & reliqua, de quibus in Rubrica *Tit.* 1. quam præ manibus habemus. *Usura*, quæ princeps tituli pars est, unde dicatur, non est dubium, ab *Utendo*, quia nihil est aliud, quam merces pro usu pecuniæ, *l.* 58. §. 6. *ff. ad SC. Treb.* ubi *usuræ propter usum medii temporis perceptæ*. Nec raro usura pro usu ipso sumitur: unde lucis *usura*, temporis *usura*, apud Ciceronem sæpe aliosque, & usura pecuniæ pro usu ipso. Unde per tropum merces, quæ pro usu præstatur, usura vocata est. Vocatur aliter *fœnus*; nam promiscue sumi hæc vocabula, patet cum aliunde, tum ex *l.* 58. §. 2. *D. ad Sc. Treb. l.* 26. *de Pecul. leg.* Hinc fœnori dare sub usuris, habetur in *l.* 11. §. 15. *de Leg.* 3. Videtur tamen fœnus aliquanto sonare odiosius. Unde Cujac. *parat. de naut. fœn. Fœnus est, quod præter sortem accedit lucri causa; usura quod accedit, ne in damno versetur creditor*, a quo non alienus est Paulus in *l.* 17. §. 3. *in fin. h. t.* Usura quoque nimia & illegitima, fœnus magis quam usura dicatur, ut in *l.* 4. *tit. seq. ubi majus legitima usura fœnus*. Dicitur autem *Fœnus* vel a Græco ποῖνος, quasi tu *pœnam* dicas, vel a fœtu, veluti τόκος, ἀπὸ τοῦ τίκτειν, vel ἀπὸ τοῦ φαίνεσθαι ἐπὶ τὸ χρησότερον, *a lucri studio*, ut est apud Gellium *l.* 16. *c.* 12. quæ tamen allusio magis, quam vera videutr esse etymologia. Quod autem fœnus quandoque pro ipsa fœnebri pecunia sumitur, ad rhetoricam potius quam ad grammaticam pertinet observationem. Tacitus *Annal.* 6. *cap.* 17. *Senatus præscripserat, ut duas quisque fœnoris partes in agris per Italiam collocaret*. Confer. Sueton. *in Cæsar. c.* 17.

2. (b) Definitionem usuræ per notationem etymologicam fere præsumpsimus: *Est merces, quam debitor præstat creditori pro usu pecuniæ creditæ*. Pecuniam ponimus ut subjectam usuræ materiam, etsi *quantitatem* D. Wissenbach. aliique malunt. Nam & aliarum rerum fungibilium accessio, usura dicitur aliquando: *l.* 12. & *l.* 23. *C. de usur.* Vel igitur pecuniam hoc latio-

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

tiore sensu, pro rebus pondere, numero, mensura consistentibus accipias licet exemplo veterum, teste Justiniano in *l.2. pr. & §. 1. C. de Const. pecun.* vel a potiori denominationem intellige factam, quia sane usura vini, olei, frumenti in eadem materia, valde rari & fere subsidiarii usus est, ut docet Imp. *in d. l.23. Oleo quidem, vel quibuscunque fructibus*, ait, *mutuo datis, incerti pretii ratio, additamenta usurarum ejusdem materiæ suasit admitti*. Nam alioquin ut res aliæ capiant usuram, pecunia æstimari solent, etiam res fungibiles, *l.8. C. Si cert. pet.* vel ut in pecuniæ solutionem desituræ considerantur, *l.3. §. ult. h. t.* ubi aliter de rebus extra pecuniam non *sine rubore*, peti dicuntur *usuræ*. Unde recipiunt interpretationem textus, qui de auro, argento facto, veste, usuras agnoscunt, *l.25. C. de usur.* item in deposito, *l. 2. C. Depos.* quod usuras ita, ut compensationem, quatenus scilicet agitur de pretio rerum deperditarum vel deteriorum factarum, sicut alias dictum, admittit: ne quis textus, in quibus empti actio dicitur usuraria, proferat, *l. 5. & l. 13. C. de Action. Empt.* quæ clare de pretio, in pecunia consistente loquuntur.

3. (c) Vulgo nec male dividitur in tres species usura; compensatoriam, lucratoriam, & punitoriam. Compensatoria nihil est aliud, quam æstimatio ejus quod interest, ratione damni illati & lucri cessantis. Punitoria, quæ in pœnam tardæ solutionis, adeoque ob moram debitori infligitur. Lucratoria, quæ propter quæstum etiam citra moram exigitur, ex propria conventione; nam quæ ex mora venit, non est ad lucrum, *l. 17. §. 3. in fin. h. t.* & hæc specialiter nomine fœnoris noscitur, tametsi in jure fœnus & usura indistincte fere usurpentur, ut superius demonstratum est. Patitur hæc divisio controversiam non admodum difficilem, de qua Thomasius.

SCHOLIUM.

Rejeci hanc distinctionem cum Strauchio in notis ad Dissert. 18. th. 13. pag. 202. Quamvis autem Auctor lucratorias aliter describat, ac illi, quos ibidem notavimus, facit tamen ejus descriptio, ut a compensatoriis non differant; imo in descriptione compensatoriarum parum abest, quin misceat usuras & interesse, quæ tamen differunt. Vide Wissenbach. th. 2.

RESPONSIONI servient sequentia. Retinuimus hanc divisionem non tam ob usum rei, quam sequentis quæstionis, *an usura sit licita*, momentum. Nam si usuræ stipulatio non excedat id, quod vere creditoris interest, vel si puniatur mora debitoris, minus est dubii in hoc quæsito, quam si sola quæstus ratio sit causa fœnoris. Discrimen lucratoriæ & punitoriæ Wissenbachius, ad quem Scholiastes provocat, ipse tradit in *th. 2.* Adversus compensatoriam responsio duplex, quæ est in scholio, non habet rationem; non sane prima, quæ est, quod lucrativam ita describamus, ut nihil a compensatoria differat. Quid enim? Compensatoria semper id quod interest supponit, hoc est damnum accipiendum vel lucrum cessaturum. Lucratoria sine ullo tali respectu, licet otiosa futura sit pecunia, percipitur. Quæ potest esse evidentior discrepantia? Reprehensio altera; parum abesse quin misceamus interesse & usuras in descriptione compensatoriæ. Bene habet, quod non omne discrimen exclusum dicitur. Nec enim aliud τὸ *Interesse* ab usura differre, quam æstimatio certa differt a petitione incerta, præ se fert ipsa definitio. Plane quod ad effectus juris attinet, forte non admodum hanc divisionem desideremus: sed multum referre in quæstione, an licita sit usura, utrum mero lucri studio, an ad compensationem damni vel lucri cessantis exigatur, manifestum est. Quin nec in foro discrimen compensatoriæ & lucrativæ usuræ penitus cessare, paulo inferius in exemplis rerum judicatarum videbimus. Facilius punitoriam omitti paterer, ut duæ essent species, *Compensatoria & Lucratoria*. Nam si pœna moræ sit propter damnum illatum aut lucrum cessans, est compensatoria. Sin aliter, est lucratoria: ut his duabus speciebus liceret esse contentis. Denique, compensatoriam satis probat *Lex 60. π. Pro socio*. Quid autem vult Paulus in *l. 17. §. 3. in fin. h. t.* dum ait; *Usuræ non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur?* Sic nulla lucratoria, nec compensatoria fuerit usura. Sed loquitur ibi Paulus de usuris, quæ tacite & ex officio judicis accedunt; non quæ per conventionem debentur, quibus solis lucratoria qualitas convenit, & harum ait causam non esse lucrum creditoris, sed moram debitoris. Alii ex hoc loco distinctionem inter fœnus & usuram probant, ut fœnus sit *lucri causa* dumtaxat, usura propter id quod interest, vel ob mo-

(c) *Pos.* 3. 4. & 5.

moram debitoris, A. Matth. *disp. ad Pandect.* 30. *th.* 2. qui per hanc distinctionem absolvit quæstionem, an fœnus vel usura sit licita; de fœnore negat, de usura adfirmat. *disp. miscell.* 6. & ad *ff. disp.* 30. *th.* 31. Sed verborum illud discrimen non esse juridicum, neque perpetuum, *paulo superius* probatum est, etsi fœnus frequenter in odiosam partem accipi, negandum non sit.

N. ADDIT.

Prolixa responsio, sed quæ parum facit ad rem. I. *In notis ad Strauchium cum ipso Strauchio ideo rejeci hanc distinctionem, quia secundum ea, quæ de ea habet Struvius* Ex. 27.th. 43. *lucratoriæ involvunt turpitudinem mora lem, punitoriæ vero sunt improprie tales, ergo diximus, solas remanere compensatorias. Notavi etiam jam ibidem dissensum D.L. in exponendis terminis, cum, quas Struvius punitorias vocavit, Eckoltus dixerit compensatorias.* II. *Etsi Auctor dicat, ea distinctione opus esse ad quæstionem de licentia usuræ, tamen postea ab hoc asserto recedit, ubi trimembrem priorem redigit in bimembrem, & notat simul, Antonium Matthæum absque ea quæstionem expedivisse. Et facile demonstrari posset, cæteris paribus, & punitorias & compensatorias & lucratorias usuras esse licitas.* III. *Dum dixi, Auctorem sic describere lucratorias, ut a compensatoriis non differant, id volui dicere, quod videlicet sub descriptione compensatoriarum in verbo* lucri cessantis *lucratoriæ comprehendantur, quam objectionem frustra jam elevare studet Auctor mutatione termini* lucrum cessaturum, *& urgendo, quasi scilicet lucratoria percipiatur, etiamsi otiosa sit* futura *pecunia. Quid futurum sit, in actionibus propriis, etiam a voluntate dependentibus, ignorant homines, cum voluntas sit quotidie ambulatoria. Cæterum de quæstione, an licita sit usura, nemo melius & fusius egit, quam illustre Belgii decus Gerhardus Noodt,* in tractatu peculiari de fœnore & usuris anno 1698. publicato. *Usuras esse illicitas, est merum inventum Cleri Pontificii, partim eum in finem excogitatum, ut infallibilitatem Patrum Ecclesiasticorum & suam defenderent, etiam in rebus absurdissimis, partim, ut a Laicis sine usuris pecunias acciperent mutuo. Ipsi enim uti regula utuntur, beati accipientes, non dantes, ita si maxime mutuo dederunt Laicis, novis contractibus in fraudem usurarum prohibitarum inventis, ut v. g. venditione annuorum redituum &c. facile illuserunt horum simplicitati & superstitioni.* (1)

4. (d) Quæstioni vulgatæ & verbosæ de fœnore sive usura toleranda vel prohibenda, licita illicitave, non est animus immorari. Negativam de usura, scilicet lucrativa, multis rationibus adstruit D. A. Matthæus *disp. miscell.* 6. *c.* 6. dissentiente, quod rarum & mirum, discipulo ejus Wissenbachio ad *h. tit. th.* 3. qui respondet ad omnia diligenter, etiam ad loca Scripturæ Sacræ, quibus omnis usura prohiberi videtur. *Exod.* 22. *v.* 25. *Levit.* 25. *v.* 35. *Deut.* 23. *v.* 20. *Exod.* 18. *vers.* 17. *Proverb.* 28. *v.* 8. *Psalm.* 15. *vers.* 8. *Luc.* 6. *v.* 35. *Omnem omnino usuram sacra pagina damnari, nunquam probabitur*, inquit: *Locis Veteris Testamenti citatis prohibetur usura expilatoria rodens fratrem, & quidem egenum ac in calamitate constitutum.* Verum est, in duobus prioribus locis pauperum fieri mentionem; reliqua indistincte loquuntur, & docent, Judæo a popularibus suis non licuisse capere usuras, sed a peregrinis dumtaxat. Quæ oppositio suggerit aliam responsionem, quæ est; hanc legem de non capiendis usuris, fuisse politicam, non moralem universalem; quia sic adversus peregrinos æque prohibitam fuisse oporteret. Plane rationi rectæ legique charitatis naturali, usuram simpliciter non adversari, validissime probat Grotius *Introduct. Jur. Holl. lib* 3. *tit.* 10. *n.* 20. *& seqq.* Item *de J. B. & P. c.* 12. *n.* 20. ubi tamen jure divino vetere & evangelico judicat, usuram esse prohibitam, hac potissimum ratione; quod etsi legem illam Judæis latam non neget esse civilem Hebræam, Christiani tamen omnes sint fratres & populares, nec minora sibi charitatis officia quam Judæi invicem debeant. Quæ consequentia procederet, si Christianis omnibus eadem esset Reipubl. & commerciorum, quæ Judæis olim fuit,

(d) *Pos.* 6.

(1) *Hac ultima phrasi facile potuisset abstinere D. Thomasius, cum nil nisi calumniam contineat. Patres Ecclesiasticos, Pontifices quoque, usurarios contractus damnasse, certum est, sed eos in finem, quos Thomasius adducit, illos hoc exegisse nego: quin potius dicendum, illos, usuras improbando, legis Divinæ prohibitionem exposuisse: nam ut a cæteris casibus abstrahamus, usuras capere ab egenis & pauperibus, lege Divina certe prohibitum esse, nec D. Thomasius, ut opinor, negabit. Quod addit de infallibilitate Patrum Ecclesiasticorum, nemo, quod sciam, ex Clero Pontificio eam defendit. Quod reditus annuos attinet, clarum est in iis nullam exerceri usuram, cum in his nulla sit obligatio quoad sortem, sicut ac in mutuo.*

fuit, ratio; quod tantum abest, ut nihil certius sit, quam Judæis, populo terrestri, usuram fuisse molestissimam, ut olim Romanis, aliisque civitatibus mercaturæ expertibus magnariæ, accidit; cum in plerisque Christianorum populis, sine ingenti incommodo, usura moderata cives carere non possent. Sic igitur vult ratio juris; Lege Mosaica non obligari populos alios, nisi quatenus eædem rationes, quæ apud Hebræos fuerunt, nobis exacte conveniant: ideo valde adsentior Carolo Molinæo, qui in *tractatu de Usuris*, (quem Grotius in *quadam* ad Salmasium de Usuris scripturientem *Epistola* μάλα φιλοσοφικῶς, ex principiis Philosophiæ civilis ait esse conscriptum) fuse docet *n.* 5. 9. 13. *&* 515. regulam hujus disceptationis esse debere *Legem charitatis*, cum qua si pugnet usura, fiat illicita. Nec deterret A. Matthæi *disp.* 7. *th.* 41. auctoritas, qui sententiam illam Molinæi, quem alioquin eximie laudat, *deliramentum* vocat *manifestum & ab hæresi non alienum*. Τῆς ἀτοπίας! Cæterum, charitatis violationem semper in usura lucratoria contineri, nemo, qui novit eam frequenter a negotiantibus & locupletibus, majorem quam habent in manibus pecuniam occupantibus, exerceri, adfirmabit. Est tunc societatis quoddam genus in lucro, sine communione damni, quod nemo improbum esse dixerit. Nec ideo videtur adsentiendum Grotio, qui leges populorum de quantitate usurarum, ita demum licitas esse putat, *siquidem vere stent intra compensationem ejus quod abest aut abesse potest. d. c.* 12. *n.* 21. Quanquam illud, *abesse potest*, rigorem sententiæ usuris contrariæ non parum mitiget, si non totum eludat. Quod de exhauriendis pauperibus objicitur; his eandem nemo pecuniam sub usuris, nisi captis pignoribus, credit. Atqui in ea sumus plane sententia, non esse licitum, capere usuras ab egentibus & pauperibus. Hactenus enim vere legis divinæ prohibitio, quam infringere nefas sit, ad nos pertinere videtur.

5. Unde colligitur, quid de quæstione in patria ecclesiisque nostris sæpe agitata, de fænore trapezitico, sicut apud nos exercetur, sit judicandum. Magistratus civitatum locant mensas sive *bancas*, ut loquuntur, iis, qui maximum vectigal Reipubl. promittunt, ejusmodi usurarum ratione constituta, ut in anno efficiant *Viginti* aut *Triginta* de centum, idque sub pignoribus facile majoris pretii, quam sors est, quibus incumbant; debitoribus ut plurimum pauperibus, aut ad fines redituum suorum perductis. Duæ sunt rationes hoc fœnus confodientes, ex re ipsa petitæ; prima, quod excedat modum legibus omnium, quæ extant, gentium, usquam præscriptum. Altera, quod pauperes, saltem rebus suis coarctati homines, quibus legislator inprimis consulere debet, exhauriantur, atque ita, quin graviter in legem christianæ charitatis ac enormiter impingatur, non potest negari; non opitulante trapezitis, ad exonerandam conscientiam, auctoritate publica; etsi quo pacto ecclesiarum pastores trapezitas & ministros eorum, a magistratibus hac parte dividant, nobis heic non est inquirendum; verum est, illos pro se, magistratus nomine publico, rem gerere. Non juvat etiam calculus, qui post deductionem vectigalis, quod præstant Reipubl. & impensæ necessariæ, pro mera usura vix ultra eam quantitatem, quæ legibus est permissa, capiant. Manet enim hoc vitium, quod ipsi immediate fœnus illud immite ac immoderatum, undecunque tale, capiunt atque exercent. Denique non dubito, quin *Grotius* injuriam faciat pastoribus & senioribus ecclesiarum Belgicarum, quando in *prædicta* ad Salmasium *epistola* scribit, sibi compertum esse, nullum genus hominum improbius in re fœnebri se gerere solitos, quam pastores & seniores; quando quibus maxime Grotius succensuit, hi inprimis cordate fœnus trapeziticum impugnarunt. Jure Canonico satis constat, usuram indistincte esse prohibitam, *t. tit. X. de usur. Cap. non licet. & seqq. dist.* 46. *& dist. sequ. Item Cau.* 14. *qu.* 3. *&* 4. quin eodem fere numero canonici habent usurarios, quo fures, *C. si quis usuram.* 10. *cau.* 14. *qu.* 4. unde & titulum de usuris in Decretalibus proxime sequi titulum *de Furtis*, pridem observatum est: sicut etiam patres ecclesiæ veteris plerosque, locorum Sacræ Scripturæ præstrictos auctoritate, satis constat in eadem sententia fuisse, quam & pontificii verbis potius quam re ipsa profitentur. (2) Argumentis aliis, quæ magno utrinque numero agitantur, conficiendis operam non dabimus. Vide sis Grotium *d. n.* 22. *C.* 12. *Lib.* 2. Wissenbachium *d. th.* 3. & qui plurimos citat fœnori inimicos aucto-

(2) Hanc sententiam non verbis tantum, sed re ipsa nos profiteri, patet ex decisionibus nostrarum curiarum, & vel ex Clariss. D. Stockmans decision. 74. *& seqq. quas Auctor certe non ignoravit.*

auctores, A. Matthæum *Disp. ad Pandect.* 30. *th.* 31.

6. (e) Eadem lege charitatis, de usuris usurarum, præter quod hæ nominatim legibus sunt prohibitæ, existimandum est. Nam si dialecticis e doctrina Juris rationibus agendum sit, quid prohibet usuras capere pecuniæ Jure mihi debitæ, qualis est usura? Ubi solveris usuras, hanc ipsam pecuniam cuilibet iterum fœnori dare possum, tibi etiam ipsi. Si ex usura mihi debita non numerata sortem constituamus, quid hoc est aliud, quam acceptam tibi reddere pecuniam sub novis usuris? Quid aliud quam *brevis* manus interest? Sed lex charitatis & publicæ utilitatis non patitur, ut mutui debitor, qui in mora solvendi usuram ob angustiam rei pecuniariæ deprehenditur, nova usura adfligatur, qua re familiæ ad incitas rediguntur: ideoque legibus sub pœna infamiæ prohibetur. *l.* 20. *C. quib. caus. infam. l.* 29. *h. t. l.* 28. *C. eod.* Imo nec si consenserit debitor, ut usura commissa in sortem transferatur, vel obligationi principali adjiciatur, ejus usuræ, quæ jam sortis rationem adsumpsit, licita est usura, quemadmodum diserte constitutum est in *d. l.*28. *C. de Usur.* Quæ res iterum argumento est, non mere juridicam, sed valde probabilem charitatis rationem in usurario instituto regnare, & evidentius idem in eo, quod sequitur.

7. (f) Per litis contestationem secutamque sententiam, fit novatio & quasi-contractus, ita ut pecunia petita non jam ex vetere, sed ex judicati causa debeatur. *l.* 3. §. 11. *de Pecul. l.* 11. *de Novat. l.* 16. §. 6. *de Pignor.* Atque ita non est dubium, quin totius summæ in condemnationem deductæ, tam usuræ, quam sortis usura, post sententiam deberetur. Sed Justinianus hanc conclusionem præcidit in *l. ult. C. de Usuris rei jud.* ubi statuit, etsi post sententiam nova mora debitoris intervenerit, tamen usuram deinceps non summæ totius adjudicatæ, verum sortis dumtaxat exigendam. In Fori nostri peristyliis aliquando invaluit opinio, legis hujus effectum cessare in usuris post sententiam *taxatis*. Nam condemnatio juxta sortem fit tantum in usuras simpliciter, non in quantitatem certam: verum deinde quantitas judiciali *taxatione* definitur. Ea facta, volunt, usuras hujus etiam quantitatis usurariæ currere, & ejus opinionis frequentior praxis in stylum fori se tantum non ingesserat; at nusquam evidentius patuit, nullum esse consuetudinem errore juris introductam. Ex illa interpretatione certum erat, *Legis ult. C. de Usuris rei jud* nullum usum, nullam sanctionis ejus sententiam fore: siquidem ante taxationem quantitatis nulli sunt termini habiles usuræ, ut res & definitio usuræ satis indicat; nec ideo videri potest prohibitum, ne usuræ usurarum exigantur, quando facultas usuram computandi nulla datur. Imperator, inquam, in *d. l. ult.* prohibitionem usuræ intellectam voluit de casu, quo usuræ computatio usum habere potest. Atqui non potest usum habere, si quantitas pecuniæ certa non sit. Ideoque *lex ultima* non potest ad alium casum pertinere, quam quo usuræ sunt taxatæ; quæ proinde non recipiunt usuram usurarum. Credideram, verba Sandii in *lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 10. dedisse causam isti errori. Verba sunt hæc; *si sors & usuræ in condemnationem deducantur, finitur novatione pristina obligatio, tam usurarum quam sortis, & incipiunt currere aliæ usuræ rei judicatæ*. Inde probat Sandius, post sententiam usuras renovare suum cursum, etsi duplum excedant: sed mox adjicit, id non habere locum in usuris post *d. l. ult.* cujus verba tam clara tam prægnantia sunt, ut hujusmodi elusionem nullo modo ferant. Ideoque non obstante qualicunque praxi, sæpe *aliter a Curia definitum scio*, negatasque esse usuras usurarum in condemnationem deductarum & taxatarum. Neque tutum est, admittere usum exceptionis, quam aliqui suggerunt; si non tam inopia, quam malitia, quæsitisque tergiversationibus, executio & exactio sortis cum usuris dilata fuerit, talem reum in usuras usurarum post earum taxationem esse condemnandum, quatenus officii Judicis est, ne malitiis indulgeatur, *l.* 38. *de R. V.* licet ita censeat Carpz. *def. for. p.* 28. *C.* 30. *def.* 28. *n.* 4. Non abhorret quidem ab æquitate jurisque ratione hæc limitatio in se considerata; sed ejus prætextu nimis facile everteretur, quod Justinianus omnino cautum voluit, *ne ullus casus relinquatur, ex quo hujusmodi machinatio possit induci. in d. l. ult.*

8. Sed an sanctio *d. l. ult.* locum etiam habeat in usuris compensatoriis, in tali specie memini disputatum. Condemnati erant quidam ad restituenda aliquot agri jugera, quæ non poterant demonstrari. Ideoque condemnati fuerant in pretium, quod erat notum, ejusque

(e) *Pos.* 6. & 7. (f) *Pos.* 8.

ejusque usuras. Satis constabat, si ager ipse fuisset evictus, eum cum fructibus fuisse restituendum, quorum fructuum in condemnationem deductorum & taxatorum usuræ, præstandæ fuissent, quemadmodum in Foro nostro sine dubio servatur; de jure quid statuendum sit, *inferius* considerandum erit. Sed hæ usuræ in locum fructuum erant subrogatæ: nec quod ipsum corpus agrorum designari non poterat, male possidentium lucro & petitorum damno cedere debere videbatur. Ideo petebant victores usuras illarum usurarum, una cum sorte in condemnationem deductarum, sicut usuras fructuum petere potuissent. Commissarius Curiæ tamen solius sortis usuras addixerat; per appellationem re ad Senatum delata, plures e Dominis prædictas rationes justas, & constitutionem *d. l. ult.* in usuris lucrativis, quæ κατ' ἐξοχὴν usuræ vocantur, non in compensatoriis, quæ vicem fructuum obtinerent, locum habere censebant. Paribus tamen suffragiis sententia tum confirmata est, *in causa Creditorum Simonis Jorna triumphantium & in execut. Appellantium, contra Theodorum Bruninga cum soc. in qual. victos & in ex Appellatos. Ante ferias O. S.* 1680. Pro sententia faciunt verba *d. l. ult. Cum enim jam constituimus, usurarum usuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, & cætera modo relata*. Verum est, Imperatorem adeo rigidæ observationis in *d. l. ult.* causam hanc allegare; quod in sortem usuras centesimas, id est, duodecim pro centum in anno, post tempus judicati faciendi introduxisset, quibus si accederent usuræ usurarum, onus intolerabile videretur; cum vero centesima hodie non exigitur, ac ita *absurdum*, quod ex concursu utriusque gravaminis Cæsar ostentat, non habeat locum, forsitan ex æquitate, ejusmodi compensatoria usura post rem judicatam, novum usuræ augmentum recipere posset. Ideoque in simili casu antea transierat condemnatio in usuras usurarum, in causa *Annæ Graviæ, contra Petronellam a Velsen, viduam Dris Beilani. d.* 8. *Julii* 1679. Rursus in tali specie; Titio adjudicati erant quadringenti floreni pro agro non tradito, cum altero tanto nomine usurarum, loco fructuum; judicatum est, usuras integræ summæ ab eo tempore deberi. In causa *Harke Beerns*, contra *Gellium Johannis &c. d.* 29. *Jun.* 1653. supposita praxi, quod usuræ post sententiam egredi possint duplum, item quod fructus pariant usuram, *de quo infra*.

9. (g) Ex ratione, qua prohibentur usuræ usurarum, ne debitor onere geminato exhauriatur, imo ex ipsis terminis usuræ usurarum, expeditum est judicare; pecuniam ex usuris redactam & acceptam, non amplius *usuram*, sed *pecuniam* esse, que nummis aliis mixta nihil a peculio vel sorte recondita differt. Ideo si hæc usura deinceps alii mutua detur, nulla dubitandi ratio est, quin exinde novam pariat usuram. Quod æque locum habet, alius quam creditor usuras alienas acceperit & sepusuerit, vel in usus suos converterit. Hoc ipso enim, quod pecunias ad alium pertinentes, quæ apud debitorem fuerant usuræ, accipit, hæ apud ipsum nihil quam nummi sunt, usuris pariendis, ut reliqui omnes, idonei. Non est igitur exceptio a regula de usuris usurarum, quod tutor aut curator, qui usuras a debitore pupilli vel minoris exactas, in suos usus convertit, hujus summæ præstet usuras; vel quando curator usuras a tutore accepit, quod ab eo tempore pupillo currant usuræ usurarum: nec enim amplius sunt *usuræ*, sed *pecuniæ*, inquam, mutata debitoris persona. *l.* 7 §. 12. *& l.* 58. §. *ult. de Administr. Tut.* Cæterum, mutatio personæ creditoris nihil mutat, si debitor idem maneat, ut si creditor posterior priori sortem cum usuris solvens in locum ejus succedat: Etenim hoc casu, quia debitor idem manet, usuræ usurarum exigi nequeunt, neque hæc est exceptio a regula. *l.* 12. §. 6. *Qui pot. in pign.* Hinc etiam usuræ, quas ipse tutor debet pupillo, quamdiu apud eundem tutorem manent, σχέσιν usurarum retinent, nec ideo pupillus earum usurarum usuras, utcunque ratio ab ipsius latere sit eadem, consequitur, quia manent sub regula *l.* 29. *h. t. & l.* 26. §. 1. *de Condict. indeb.* ac ita judicatum est in Curia nostra, referente Sangadio 3. 14. 6. Conf. Struv. *h. t. th.* 51.

(g) *Pos.* 9.

DE

DE CAUSIS USURARUM.

X. Causæ usurarum. XI. Quando ex Pacto usura debeatur. XII. Promissio ejus quod interest, an inferat usuras. XIII. An diuturna præstatio usurarum. XIV. Mora quid, quotuplex, & quatenus mora personalis usuram pariat. XV. Moræ ex Re hac parte vis. XVI. De vectigalibus & rebus minutim venditis. XVII. An Litis Contestatio sit causa usuræ, ubi de cautione judiciali. XVIII. Observationes quædam aliæ.

10. (h) PErgimus ad causam usurarum, quæ in summa duæ sunt, conventio & mora. Utriusque iterum duæ species; conventio enim est vel stipulatio vel pactum, & mora vulgaris vel judicialis, quæ est litis contestatio. Ex stipulatione debentur usuræ sine dubio in omni contractu, Paul. 5. *Sent.* 7. & in mutuo ex stipulatione dumtaxat. * *l.* 3. *C. h. t.*

11. (i) Pactum de usuris, contractibus in continenti adjectum, valet in his, quorum pars fieri potest, ut sunt contractus B. F *l* 7. §. 4. & 5. *de pact.* sed cum mutuo tale pactum consolidari nequit, quoniam ejus pars non potest fieri, nisi quod revera datum est. *l. 7. pr. de Pact. l.* 11. §. 1. *de reb. cred.* Mutari tamen posse jus petendi usuras per pactum intelleximus antea ex *l. 40. de Reb. cred.* Intellige autem hoc, *pecunia* mutuo data; nam aliarum quantitatum usuræ ex pacto quoque *terminis habilibus* debentur, *l.* 12. *C. h.* quin & in pecunia trajectitia, *l. 7. de Nautico fæn.* denique favore fisci, qui semper capit usuras, scilicet ex mora, *l.* 17. §. 5. *h.* & civitatum, *l.* 30. *h. t.* & argentariorum. *N.* 136. *c.* 3. In his placuit ex pactis usuras deberi, quæ hactenus pacta legitima esse videntur. Moribus hodiernis, ut alias dictum, inter stipulationem & pactum nihil interest: ideoque usuræ etiam ex pacto debentur, quatenus id expressum est; proinde si quis usuras ad annum promiserit, & sortem diutius habuerit, reliqui temporis usuras non debet. Sand. *lib.* 3. *tit.* 14. *def.* 1. nisi pluribus annis in solutione usurarum continuaverit, quo casu tacitum pactum de continuandis usuris præsumitur, *d. tit. def.* 4. ut mox iterum occurret. Apparet igitur, quam utilis sit clausula mutui instrumentis adjici solita, *ut si diutius sors apud debitorem maneat eadem usura continuetur.*

12. (k) Quid si debitor usuræ mentionem non fecerit, obligaverit autem se ad omne damnum & id quod interest præstandum, hiccine ad usuras etiam tenetur? Ita sentit & judicatum refert Sandius. *d. tit. def.* 2. & 3. Quod mihi videtur esse verissimum de vernaculi sermonis usu *Interessen*, quia vix aliud est vocabulum, quo exprimantur usuræ populariter, quod successit in locum odiosi verbi, *woeker*, quod vix aliter a nostratibus, quam pro immoderato & illicito fœnore sumitur. Est alia vox *Renten*, quibus usuræ quidem æque designantur, sed frequentius usuræ mutuæ *interessen* vocantur, & reditus ex fundis pecuniariis semper *Renten*, nunquam *interessen*, appellari solent. Non potest igitur esse dubium, quin ita Jus dicendum sit, ut Sandius refert, inter cives nostros. In Latina oratione, nego eum, qui promisit, se præstiturum impensam, damna & id quod *interest*, etiam in usuras teneri, scilicet in contractibus, in quibus expressa conventio ad usuras stabiliendas requiritur; namque ubi mora sufficit, ibi nequidem illud vocabulum *τοῦ interesse* fuerit necessarium. Cum vero ejus quod interest appellatio certissima significatione differat ab usuris, nullo modo statuendum est, ubi specialis usurarum conventio requiritur, ibi sufficere ad usuras introducendas, ejus quod interest, rei diversæ promissionem. Quin etiam supposito usu vernaculo, monendum est, aliquid a Sandio prætermissum. In hac formula, *pro impensis, damnis & interesta die veniente*, zedert den verschyn-dach, *eventuris, obligo mea bona*, Sandius ait, *d. def.* 2. usuras deberi simpliciter, perinde ac si essent promissæ. Hoc tamen interesse oportet, quod usurarum promissio semper incipiat a tempore mutui dati, sed in ista formula non incipiunt, nisi a tempore, quo placuit pecuniam reddi, *post diem ve-*

(h) *Pos.* 10. (i) *Pos.* 11. 12. & 13. (k) *Pos.* 14.

* Ita noster recte ex sententia legum Romanarum, & *infra*. §. 18. *in fine* Statutum Frisiæ in eandem sententiam interpretatur contra mentem tamen Wissenbachii JCti magni nominis. De Frisicis juribus viderint ii, quorum interest: in Germania universali lege cautum est, deberi in mutuo usuras etiam ex mora. *Rec. Imper. d. An.* 1600. §. *so viel num.* 138.

venientem, quo debitum restitui debet. Sed moveri potest alia quæstio, an non sola compensatoria, his verbis, *Kosten, Schaden en Interessen*, intelligatur, cum hoc effectu, ut probandum sit, *quanti* intersit, idque secundum quantitatem, lege, quæ apud nos est, præscriptam sumi, ut Sandius fere differit in *d. def.* 3. Respondetur, non videri hoc verbum ad usuram compensatoriam restringendum, ex usu populari, quo simpliciter usuras pecuniarias significat: proinde non modo debitorem liberari probatione quanti sua interfuerit præcise, verum etiam, quod sua omnino interfuerit. Adde Ant. Fabr. *l.* 4. *C. tit.* 24. *def.* 7.

13. (l) Secundum hæc quæritur, an diuturna usurarum præstatio, pro conventione tacita, per quam usurarum obligatio introducatur, haberi possit: Jure civili, quo stipulatio, quæ semper est expressa, nominatim ad usuras requiritur, non videtur ex solo facto præstationis introduci posse. *l.* 7. *C. de Usuris l.* 28. *C. de Pact.* Nec obstat *l.* 6. *C. h. t.* quæ non creditori usuras incerti initii e præstatione diuturna adscribit, sed usuras initii non controversi a patre agnitas & in rem ejus versas, præsumi statuit, ut D. Wissenbach. explicat in *th.* 10. *h. t.* Sed postquam differentia pacti & stipulationis moribus hodiernis sublata est, & pactum tacite quoque initum facilius præsumitur, *l.* 2. 3. & *l.* 4. *in pr. de Pact.* postquam usura quoque magis magisque invaluit, ut vix ulla pecunia gratis ad longius tempus elocetur; nullo modo recedendum est a communi sententia, secundum quam longa præstatio usurarum ex debito, cujus initium constat, hunc habet effectum, ut præscriptionem & argumentum certum obligationis usurarum pariat, uti multa auctoritate probat Sandius *d. lib.* 3. *tit.* 14. *def.* 4. Sed quod ex Jure civili sententiam illam probari volunt, adversatur *citatis legibus*, quæ stipulationem præcise requirunt, non præstationem aliquot annorum ex consensu factam. Nec stipulatio ex eo, quod tacite actum, præsumi legitur, sed tantum, si in instrumento scriptum sit, stipulationem esse factam, interrogatio & responsio præsumi dicitur in §. *si scriptum.* 17. *I. de Inutil. stipul.* & §. *ult. I. de Fidejussor.* Hæc autem positio minus habet dubii, quando non tantum de obligationis principalis initio constat, sed etiam, quando stipulatio usurarum *ad annum* facta legitur: tunc enim ex secuta præstatione plurium annorum, valde proclivis est præsumptio, quod contrahentes annui temporis fecerint mentionem, ut usuræ proportionem, non ut solvendæ usuræ finem exprimerent, de qua specie facti proprie actum est in *d. def.* 4.

14. (m) Hactenus de conventione. Sequitur MORA, cujus definitio probata est a Cujacio, quod sit, *Debiti solvendi vel accipiendi frustratoria dilatio*. Heic proprie dilatio *solvendi* intelligitur; nam creditor ad usuras teneri non potest; sed definitio in universum ponenda erat. Creditorem quoque moram committere, docet Lex 72. *pr. de Solution.* ubi; *Creditor non accipiendo moram fecit:* & effectus est, quod si debitor rem vel pecuniam oblatam sine culpa perdiderit, creditor doli mali exceptione repellatur, *d. pr.* quod est idem in eventu cum eo, quod habetur in *l.* 30. *de solut.* Prætorem creditori *actionem denegare*; consequenter si pignus habeat, illud distrahere non potest. *l.* 8. *C. de Distract. pign.* Sed hoc loco de sistendo usuræ cursu agitur, etsi obiter alios moræ effectus adjicere nihil vetat, quod in *Positione* 18. desiderat a me Thomasius. Sed moram divisimus in judicialem & extrajudicialem. De judiciali mora posterius. Extrajudicialis iterum est ex persona, vel ex re. Mora ex persona committitur, quando reus opportuno loco & tempore interpellatus non solvit, *l.* 32. *in pr. h. t.* nisi justas differendæ solutionis causas habeat, quas vide in *l.* 21. *h. t.* Semel interpellatum esse, satis est, *d. l.* 32. & *l.* 23. *de V. O. l.* 87. §. 1. *de Legat.* 2. ubi; *semel intervenisse moram, sufficit*, modo creditor deinceps, cum debitorem videt esse paratum, *non omiserit debiti repetendi instantiam*, ac ita consilium mutaverit, ut traditur in *d. l.* 32. §. 1. quæ sic nihil obstat. Sed quid est, quod in *l.* 122. §. 5. *de V. O.* habetur, *si Seja non cessisset offerre pecuniam*? Wissenbachius noster in *hoc* §. 5. factum proponi, non jus arbitratur, in *th.* 17. *ad h. t.* quæ responsio sicut bene convenit §. *Coheredes.* 3. *ejusdem Legis*, & *Legi Æmilius.* 38. *de Minor.* ubi, *denunciationibus sæpe datis*, ita hoc §. 5. habet difficultatem, propter verbum, *Si*, quod positionem, imo quod conditionem indicat. Malim igitur respondere: verba, *si non cessasset offerre pecuniam*, idem esse, quasi tu diceres, *si non neglexisset*, si non defuisset

(l) *Pos.* 21. (m) *Pos.* 16. & *seqq.*

fet offerendo pecuniam; ne quis putet, cessandi verbum semper indicare frequentationem alicujus actus. Justinus *lib.* 31. *c.* 4. de apporatu belli, quod Antiochus in Romanos movebat; *Quæ res*, inquit, *tantum apparatum belli, CESSANTE Imperatoria arte corrupit.*

15. Altera species moræ extrajudicialis, *EX RE* vocatur in *d.l.*32. *pr. h. t.* & *l.* 38. §. 1. *h.t.* ubi, *si in Re mora fuit.* Committitur autem solo vitio tardæ solutionis, quando res ipsa debitorem, ut solveret, ultro admonuit, cujus multiplex usus est. In emptione venditione, qui rem accepit eaque fruitur, ipsa re, hoc est æquitate dictante, moram committit. *l.* 13. §. *veniunt* 20. *de Action. empt. l.* 5. *C. eod.* Socius communem pecuniam invadens vel in suos usus convertens, ab eo tempore est in mora, licet interpellatio, quæ moram per excellentiam notat, nulla sit facta; *l.* 1. §. 1. *h. t.* juncta *l.* 60. *pr. pro soc.* sed statim ac rem alienam occupat & retinet, est in mora, *l.* 8. §. 1. & *l. ult. de Condict. furt.* idem in quovis violento possessore. *l. pen. de Vi & vi arm.* In favorem minorum receptum est, ut debitores eorum, sine interpellatione in mora constituantur, scil. ubicunque moræ præstatio locum habet, quod generaliter supponitur. *l.* 3. *C. In quib. caus. in int. rest. necess. non est.* (n) Quoties obligationi certa dies præfigitur, seu testamento, sive per conventionem, solus diei lapsus debitorem realiter in mora constituit, *L.* 87. §. 1. *de Legat.* 2. *l.* 26. §. 1. *de Fideicom. libertat.* quæ de testamentis agunt: verum etiam inter vivos. Qui ad diem certum dare obligatus est, solo diei lapsu in mora constituitur, quia cum obligatio perfecte ante diem existat, dies nulla alia causa adjici videtur, quam ut ultimus sit terminus solutionis faciendæ, molestiaque interpellandi creditorem liberet; sicut in judiciis strictis pœna coventionalis, quæ vicem usuræ & ejus quod interest obtinet, statim committitur, *l.* 12. *C. de Contrah. stip. l.* 2. *C. de jur. emphyt. l.* 4. §. *ult. de Leg. commiss. l.* 23. *pr. de Recept. arbitr.* in quibus actio non competeret, nisi reus esset in mora. Competit autem post diem per se, idque moram præsupponere, docetur clarius in *l.* 23. *de O. & A. D. Wissenb.* ad *h. t. th.* 16. *Dissent. Bachov. vol.* 2. *ad Treutl. disp.* 3. *th.* 7. semper intellecto; contractuum bonæ fidei vel ejusmodi in quem cadat æstimatio moræ esse debere, *d. l.* 3. *C. in quib. caus. rest. in int.* ut & terminos habiles moræ oporteat esse, quales non sunt in *l.* 77. *de V. O.* ubi hæres tenetur ad pœnam in diem promissam, quæ dies hæreditate jacente præteriit. Ergo, opponat aliquis, solo diei lapsu mora non committitur; certe non, si debitor nullus existat, ut in *d. l.* 77. ubi debetur pœna non ex mora, sed vi promissionis defuncti ex qua hæres tenetur. (3)

16. (o) Ideoque non in omnibus causis MORA pro causa usurarum, sed in bonæ fidei judiciis habetur, *l.* 32. §. 2. *h. t.* quæ inter an etiam est conductio vectigalium, non scilicet agrorum, sed publicarum functionum? Ratio dubitandi, quod non tam hæc sit conductio, quam stipulatio certæ præstationis, in re valde incerti eventus. At tamen usuræ debentur, non modo in favorem Fisci, qui semper usuras accipit, *l.* 17. §. 5. *h. t.* sed etiam Civitatum respectu, *l.* 10. §. 1. *de Public. & Vectigal.* ut in Suprema Frisiorum Curia judicatum est, in causa *Petri Annii Reen, contra Magistratus Harlinganos, die* 27. *Octob.* 1636. An & publicanus a privatis ob moram exigere potest usuras? Ita videtur, per *d. l.* 17. §. 5. juncta *l.* 11. *C. de Publican. & l.* 1. §. 2. *ff. de Vectigal.* quæ docent, publicanos uti jure fiscali. Moribus hodiernis, est notabilis exceptio a regula, *quod mora pariat usuram in bonæ f. judiciis*, circa res minutim venditas, pro quarum debito, quamdiu codice rationum continetur, *Boeck schult*, neque per novationem mutatum est, *usura* non debetur; magis ob similitudinem obligationis *Nominum*, quæ stricti juris fuit, quam emptionis venditionis hac parte naturam, ut tota, ni fallor, Europa observatur. In legatis & fideicommissis, etsi natura stricti Juris, usuræ tamen ex mora de-

(n) *Pos.* 19. (o) *Pos.* 15.

(3) *Sed hanc sententiam, quod per solum diei lapsum debitor in mora constituatur, probare non possum; non enim lapsus diei aliud facit, quam ut debitor conveniri possit, sicuti in obligatione pura statim conveniri potest. Et tamen nullus dixit, sine interpellatione committi moram in obligationibus puris. Rursus, si sententia Auctoris sit vera, consequens erit, ut dies, qui in favorem debitoris adjectus intelligitur,* l. 41. §. 1. de V. O. *operetur in ejus odium, quod certe admitti nequit. Nec contrarium evinci potest ex* ll. *ab Auctore adductis, cum* l. 12. C de contrah. stip. l. 4. §. ult. de leg. comm. l. 23. pr. de recept. qui arbit. recep. l. 23. de O. & A. *uti &* l. 77. de V. O. *agunt de pœna ex conventione debita, ad quam committendam non requiritur mora, sed sufficit, quod existat conditio sub qua pœna fuit promissa. In* l. 2. C. de jur. emphyt. *speciale est, quod debitor non propter moram, sed propter tardiorem solutionem excidat jure suo. Ceteræ leges,* l. 47. §. 1. de leg. 2. & l. 26. §. 1. de fideicom. libert. *nostram sententiam probant, tantum abest ut pro Auctore faciant. Nec dixeris, quod dies nulla alia causa possit videri adjectus, nam adjectus est ne ante debitor conveniatur.*

debentur, *d. l.* 87. §. 1. *&* *l.* 78. §. 2. *de Legat.* 2. ut alibi dictum, atque dicendum est. Hactenus mora, quam diximus extrajudicialem.

17. (p) Mora judicialis per litis contestationem committitur; est enim hæc maxime solennis interpellatio, quæ non tantum in aperta mora, sed etiam in mala fide reum constituit. l. 38. §. 7. *h. t.* *l.* 25. §. 7. *de Hæred. pet.* Quod si teneas, ut nihil est certius, nullum dubium est, quin usura in bonæ fidei judiciis ex litis contestatione debeatur, imo etiam in strictis, si quando in iis usuræ ex mora debeantur. *l.* 3. juncta *l.* 1. *C. de Usur. & fruct. legat.* Sed universa judiciorum praxi receptum est, ut non in quibusdam, sed in omnibus strictis judiciis usuræ post litem contestatam debeantur, non quidem statutis gentium expressis, sed ex interpretatione Juris civilis, forte non vera, valde tamen verosimili. Nam fructus & usuræ ad idem præstandi jus rediguntur *l.* 34. *de Usuris.* & fructus statim post litem contestatam in strictis quoque judiciis præstantur. *l.* 38. §. 7. *h. t.* Cui accedit rotundus textus in *l. sequ.* 35. Lite *contestata usuræ currunt*; quem textum si de stricti juris actionibus accipere nolis, frigidum nimis adspicias, quando in bonæ fidei judiciis etiam ante litem contestatam usuræ currunt: nec opus erat monitu per litem contestatam non abrumpi usuras, quod positum erat extra omnem dubitationis speciem. Quod si de strictis, ut est oratio generalis, hæc verba quoque intelligere debeas, videndum est, utrum τὸ *currunt* significet, *currere pergunt*, an *currere incipiunt.* Illud volunt, qui negant litis contestationem esse causam usurarum in strictis; hoc vero qui adfirmant. Verbi usus a neutro sensu alienus est *Usuræ non currunt*, in *l.* 18. *de Novat.* hoc est, currere non pergunt. Rursus pro *currere incipiunt*, in *l.* 7. §. 7. *de Admin. Tut. l. Lecta.* 40. *de Reb. Cred.* Ergo ex natura negotii dijudicandum utrum hoc loco sensus sit, usuræ post litem contestatam *suum cursum continuant*, an *vero suum cursum incipiunt.* Forte Doctores non male putarunt, τὸ *currere pergunt*, hic esse otiosum; nihil novi, nihil proprii sensus inde oriri; cum nemo dubitare potuerit, quin litem contestando creditor jus usuræ non amittat, qui per eam semper conditionem suam facit meliorem. *l.* 86. *de R. J.* Nec verisimile erat debitorem liberari posse hoc onere usurarum in eo momento, quod ipsi omnes malæ fidei effectus imprimit, ut modo probatum est. Verius igitur est hoc velle textum, lite contestata usuras etiam, quæ prius non cucurrerunt, exinde cursum suum ordiri. Plane si nunquam a legum sententia longius recessissent Dd. ars nostra causam querendi non haberet. Vide Fabrum *lib.* 4. *C. tit.* 14. *def.* 33. *& Err. Pragm. dec.* 1. *err.* 1. Sandium *lib.* 3. *tit.* 19. *def.* 1. Dissent. D. Wissenbach. *ad h. tit. th.* 9.

18. Huc etiam referri debet, quod in Foro placuit, si quis creditor acceperit pecuniam sibi debitam, eamque se restituturum caverit, deinceps appareat, alium meliori jure in illis nummis esse præferendum, etsi de usuris nihil sit dictum, si tamen deinde potiori creditori reddenda sit pecunia, cum usuris utcunque non promissis, eam præstari debere, ut testatur Sandius *d. l. tit.* 12. *defin.* 12. Rationes, quas ex Jure communi petit, longius arcessitæ videntur; forte nihil erres, si dicas, hanc esse causam, quod illa cautio prætoria vel judicialis, proxime ad litis contestationem accedat; item quod æquum non videatur ut posterior creditor aliena pecunia sine ejus voluntate gratis sit usus.

Denique usurarum præstatio in judiciis hominumque negotiis ita invaluit, ut valde faciles sunt mores in causis illarum recipiendis. *Postremo*, de omni mora tam judiciali quam extrajudiciali sciendum est, supponi quantitatem sortis esse talem, quæ proportionem usuræ capiat. Nam si quis debitor sit incertæ quantitatis, ejus usuræ ex mora deberi non possunt antequam sors debiti ad certam quantitatem redacta fuerit; ut fit, si quando quis ad impensas aut meliorationes alicui præstandas teneatur, ut docet Sandius *d. l. tit.* 14. *def.* 2.

Superest hæc observatio. Statutum Frisiæ ait hoc modo; *Ubi usuræ non sunt promissæ, ibi putantur ex mora. lib.* 1. *tit.* 9. *art.* 3. *Daar geen Intressen gestipuleert zyn, dan koomt men te reeckenen ex mora.* Wissenbachius noster ex his verbis ita nobis inculcabat. Lege Frisica *usuras ex mora ubique deberi etiam in contractibus stricti juris.* Quod ego non censeo, nec ita servatur. Mens Statuti patet ex sequentibus, *proportione septem de centum computabuntur.* Quantitas usurarum talis sit, qualis in stipulationem deducta est; si nulla stipulatio inter-

(p) *Pos.* 20.

tervenerit; computabuntur illic ubi ex mora debentur ad proportionem septem de centum; quod postea mutatum, ut videbimus. Non licet stipulari plus septem pro centum, eademque usura computabitur ex mora; scilicet, *ubi mora parit usuras*, quod ex jure communi petendum, neutiquam alibi. Hoc illa verba volunt.

QUANTITAS USURÆ.

XIX. De quantitate usurarum. XX. Quousque usuræ sint licitæ. XXI. Quid jure Frisico, XXII. De Pacto usuræ pœnali.

19. (q) Vidimus, quid & quotuplex usura, sitne licita, & unde oriatur. Sequitur, ut quantitatem ejus colligamus. Notum & sæpe dictum est, veteres usos esse computatione fœnoris menstrua; *maentgelt*, ut nostrates, qui tamen annuo magis calculo adsueverunt. Sed de usuris Kalendariis pleni sunt Juris & veterum libri. *l. 40. de Reb. cred. l. 41. §. ult. h. t.* Kalendarium liber fœneratitius. *Quis dives? Cui magnus Kalendarii liber volvitur*; ut Seneca. Plura Brisson. *de V. S. voce Kalendarii.* Quando de centum, singulis mensibus solveretur unus, hæc usura vocabatur *Centesima*, quæ est maxima in jure *l. 8. C. si cert. pet. l. 26. C. h. t.* Græci Ἑκατοστιαῖον τόκος δεῖ, τὸ ἐπὶ τοῖς ἑκατὸν καθ' ἕκαστον μῆνα διδόσθαι, ἤγουν, id est, ὑπὲρ ὅλου ἐνιαυτοῦ ιβ'. *Centesima usura, quando pro centum quoque mense datur unus; id est, per integrum annum duodecim.* Harmenop. 3. *cap. 7.* Minores usuræ, distinctis nominibus exprimuntur. Centesima illa consideratur ut AS, cujus *partes* notæ sunt ex *tit. Inst. de Hæred. instit.* Pone pro centum in anno XII. hæc usura fit AS (non appellatur tamen ita, centesimæ nomen unice est in usu.) Sex pro centum in anno, dimidia pars centesimæ, & quia pars dimidia Assis vocatur SEMIS; ergo sex pro centum, usuræ semisses. Unus pro centum in anno uncíarium fœnus; est enim uncia pars duodecima Assis. Hinc consequenter duo pro centum, sextantes usuræ; tres pro centum in anno, quadrantes usuræ; quatuor, trientes, id est, tertia pars XII. Porro, quincunces, septunces: Besses, sunt octo de centum; dodrantes, novem; dextantes decem; deunces XI. Eodem fere modo usura drachmalis apud Græcos accipienda: nam drachma respondens denario Romano est centesima pars minæ. Hinc usura drachmalis eadem cum Centesima Romana, ut latius apud Budæum 1. *de Asse*, & Hotom. *c. 7. de Usur.*

20. (r) Olim Romæ cuilibet usuram stipulari fas erat, quantam poterat, dein restricta est, ut Tacitus. *Primo XII. Tabulis sanctum, ne quis unciario amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur, dein rogatione tribunitia ad semuncias redactum.* Sed fœnebre malum toties repressum, identidem *miras per artes* renascebatur; ut Tacitus *ibidem 6. Ann. c. 16.* Novissima constitutio Justiniani præscribit hunc modum *sanctione generali*. In trajectitiis pecuniis & mutuo quantitatum, licita est usura centesima, *tantummodo. l. 26. §. 1. vers. in traject. C. h. t.* Olim recepta fuit etiam contra tutores & curatores, de pecuniis pupillaribus in suos usus conversis. *l. 7. §. 4. & l. 54. de Administr. Tut. l. 1. C. de usur. pupil.* quæ ad reliquos alienarum rerum administratores extenditur *l. 38. de Negot. gest.* ubi, *maxima usura.* Quod per *d. l. ult.* abrogatum vel non, hodie certe nusquam servatur, uti nec judicati solvendi causa, quæ ad centesimam post quadrimestres a tempore latæ sententiæ inducias intenditur, ab ipso Cæsare in *l. ult. C. de Usur. rei Jud.* Idem vulgares & populares usuras statuit *semisses*; mercatoribus indulget Besses, Illustribus non ultra trientes. *d. l. 26. §. 1.* Mores hac parte variant pro ratione commerciorum, & copia rei pecuniariæ, easque rationes Statuta ferme sequuntur. *Moribus nostris*, ait Thomasius ad *pos. 26. h. t. usuræ populares sunt quincunces, etiam illustribus permissæ.*

21. Apud nos olim fuere septunces, tam ne ex stipulatione majores fierent, quam ex mora; *d. l. 1. Stat. tit. 9. art. 2.* Donec, usu suadente promiscuo, usuras ex mora placuit ad quincunces redigi, ex decr. Ordd. *d. 30. Mart.* 16.., stipulationis facultate non mutata; quod secus Edicto Ordd. Holl. cautum esse, testatur Groenew. ad *l. 26. §. 1. C. h. t. n. 2.* Proinde septunces adhuc promitti, nihil heic vetat, *d. tit. art. 2.* etsi raro & sine sugillatione.

(q) *Pos.* 23. (r) *Pos.* 25. & *seqq.*

ne pudoris, quincunces, aut sane semisses, excedere vix liceat. * Centesima permittitur mercatoribus ad duos vel tres menses, *d. art.* 2. si diutius sors credita mutuo consensu maneat apud debitorem, septunces computantur, hodie quincunces: est enim & hinc casus, quo citra stipulationem vi legis usura debetur, *d. art.* 3. salvâ fœnoris nautici ratione, de quo *tit. sequ.* Ex his sequitur, aliis quam mercatoribus non licere centesimam, ne trimestrem quidem capere, per *dictam Legem Frisicam.* Item si mercator post trimestre spatium pecuniam repetens, eam debitori extorquere nequeat, verum hic eam, creditore volente, retineat, dicendum est, centesimam, durante mora, continuari, per *d. art.* Nisi mora, sicut ante dictum, & mox repetemus, aliquo modo interrupta fuerit. (4)

22. Postremo velim observari, si partes maneant intra terminos licitarum usurarum, non esse prohibitas hujusmodi stipulationes; *si ad diem non solvas quincunces usuras, debebis semisses*, *l.* 9. §. 1. *h.* de quo pacto tanquam fœneratorio dubitatum memini intra fori columnas, negatumque in concursu creditorum alicui talis pacti effectum, re in judicium tamen non deducta. Pœna usuræ legibus prohibitæ, ex l. XII. tabb. erat quadrupli. ** Jure Codicis infamiæ, *l.* 20. *C. ex quib. caus. infam.* quam pœnam ipso Jure, nullo accusationis medio, infligi vult D. Wissenb. ut ne crimen extraordinarium esse videatur. *th.* 5. *h. t.* Sed pœna ipso Jure competens, non excludit, imo supponit, opinor, accusandi facultatem, quæ requirit, ut de facto constet; nec dubium, quin ad Stellionatus figuram fœnebre delictum referri possit. *l.* 3. §. 1. *in fin. Stellion.* Civilis actio de usuris illicitis, est condictio indebiti, sorte soluta; vel ea manente, fit imputatio in sortem. *l.* 26. *in pr. de Condict. indeb.* & *l.* 18. *C. de Usur.* Sand. 3. 14. 7.

FINIS USURARUM.

XXIII. Finis usuræ soluta sorte. XXIV. Ut nec peti possit deinde, quod tamen limitatur. XXV. Tres aliæ limitationes. XXVI. Oblatio & consignatio pro solutione; pariter scil., non oblatio sola. XXVII. Æquatione sortis usuram finiri. XXVIII. Utrum rectius usuræ solutæ & solvendæ, an hæ solæ in duplum computentur: XXIX. Hanc sententiam Frisiæ Ordines secutos; certis tamen exceptionibus ex jure probandis.

23. (s) Finitur usura bifariam, per consequentiam, aut per se. Per consequentiam, quoties obligatio principalis est sublata; tunc enim & usuram ut accessoriam tolli consentaneum est, *l.* 26. *fin. pr. C. de Usur. arg. l.* 178. *de R. J.* non modo si ipso jure sed etiam,

(s) *Pos.* 28.

(4) *Apud nos ex constitutione Caroli V. de 4. Octob. 1540 mercatoribus concessum est, in annum unum duntaxat, stipulari id quod interest, usque ad usuras centesimas, ita ut, ubi hic modus non exceditur, ea res cujusque conscientiæ relicta sit, eaque stipulatio loco probationis ejus quod interest in foro externo admittatur, & adversus eam admitti possit probatio in contrarium, quod tanti non interfuerit creditoris. His, qui mercatores non sunt, eadem constitutione interdictum est pecuniam suam ad certum lucrum collocare, etiam ad annum unum: pecunia ejus qui contra fecerit, fisco addicitur in pœnam illiciti fœnoris. Vide D. Stockmans decis. 98.*

* Sicuti Jure Imperii ultra quincunces usuræ pro illicitis habentur, *R. I. d. An.* 1654. §. 174. *Anreichend.* ita eadem quantitas nostro Jure definita est, *Torgauisch Ausschreib.* d. An. 1583. tit. von wucherlichen Contract. §. *als haben wir. j. Ref. Grav. d. An.* 1657. *von Kammer-und Rent-Sachen.* gr. 12. *Corp. Jur. Sax.* p. 1016. *Dec. El.* 9. Ac, quam in mandatum *Reg. d. ann.* 1701. *d.* 22. *Jul* semissales, ac in causis cambialibus, bessales quoque permiserit, vid. Menck n Disp. *de tutore & Curatore ad usuras ex sua debito usurarum obligato, th.* 21. & 24. alio tamen Mandato recentiore *d. An.* 1704. *d.* 10. *Martii* pristinum Jus reducere placuit, adeo, ut, ne quidem volente debitore, nec inter mercatores, aut piis causis, majores usuras accipere liceat. vid. *Mand. El. d. An.* 1671. *App. Corp. Jur. Sax.* p. 23. Interim in aliis Saxoniæ Provinciis 6. pro 100. stipulari permittitur, teste Richter. *dec.* 70. *n.* 6. *sq.* & *vol.* 2. *Cons.* 264. *n.* 2. quas in Cambiis quoque promitti, patitur *d. Mand. Nov. Reg.* imo tolerantur etiam census Promobiles, *die Rutschende Zinsen.* vid. *L. R. l.* 1. *art.* 54. qui, si stato die a censito exacti & non soluti sunt, altero die duplicantur; tertio triplicantur ac ob ulteriorem moram amplius multiplicantur. add. Carpz. P. 2. C. 30. *d. ult.*

** Nostrum Jus usurariam pravitatem gravissime coercet. Nam (1) creditor jacturam totius sortis patitur, *Mand. El. d. an.* 1625. §. *So wollen. Corp. Jur. Sax. p.* 452. (2) Usurarii manifesti excluduntur a confessione, absolutione & honesta sepultura, *d.* §. *j. u.* 2. *d. Usur.* 6. ac (3) infames habentur & arbitrarie coercentur. conf. Carpz. *Pr. Crim. qu.* 92. *n.* 40. *seqq.* Imo debitores quoque usurariam pravitatem reticentes, quarta parte crediti multantur, *d. Mand.* §. *so wollen.*

etiam, si per exceptionem, veluti præscriptione temporis, sublata sit usura. *d. l. 26. in pr.* Sed pone triginta annis actionem sublatam, an usuræ viginti novem annorum, a quibus scilicet anni 30. non sint elapsi, adhuc peti possunt, quasi initio *præscriptionis* a singulis annis ducendo? Sicut est in *l. 7. §. ult. C. de Præscr. 30. annor.* ut usum ejus rei & exemplum habuimus in *fin. libri sexti Parte II. pag. 276.* Non placuit hoc argumentum in usuris, sed nominatim præciditur *in d. pr. l. 26.* ratione disparitatis non obscura, quod in *d. l. 7. §. ult.* jus ipsum, unde pensiones annuæ solvuntur, adhuc est salvum, cum *in l. 26.* principalis obligatio ceciderit; neque subsistat. (s)

24. Quin adeo verum est, obligatione principali sublata tolli accessoriam, ut, si creditori soluta sit pecunia sine usuris, quæ ex mora debentur, usuræ deinde solæ, quippe jam per consequentiam sublatæ, peti non possint, *l. 49. §. 1. de Action. empt. l. 4. C. Depositi*: si modo vere ipsoque jure sublata sit obligatio principalis. Unde quæsitum est super tali specie. Bona debitoris cujusdam erant distracta, pecuniis a creditoribus accipiendis e manu præfecti auctionum, cui dies certa lege publica præfixa est; qua elapsa, est in mora, secundum ea, quæ *paulo ante* de obligatione in diem certum, probata sunt. Primi creditores post moram satis longi temporis acceperant pecuniam, deductis impensis ex venditione redactam, & dederant apocham. Sequentes creditores deinde seorsim petebant usuras ex mora, quas ille peti posse negabat, obligatione principali per solutionem extincta: sed condemnatus est ideo, quod solutione facta creditoribus sine cessione debitoris & domini rerum, non erat extincta obligatio principalis, sed Auctionarius se per exceptionem & jure creditoris adversus dominum tueri debebat. Unde petitio usurarum accessoria, non modo propter æquitatem, sed etiam per subtilitatem juris supererat. Ita decisum *inter F. F. in qual. contra Duconem Nautam Actuarium venditionum publice factarum Harlingæ. d. 13. Octobris 1680.*

25. Quando etiam creditor accipiens sortem protestatus est de usuris, non prohibetur eas petere deinceps, quia protestatio conservat jus, alioqui subtilitate legis periturum, *arg. l. 4. §. 1. Quib. mod. pign. solv.* ac ita in hac ipsa quæstione Sandius 3. 14. 10. Hinc etiam sequitur, si quis in judicio petierit sortem & usuras non omnes, verum ad certum tempus usque, solutione facta, reliquas usuras non posse peti; cum in parte, quod ad partem, sit idem juris quod in toto qu ad totum. *arg. §. 9. Inst. de Fideicom. hæred.* Disputatum ea de re est apud Curiam in tali specie. Titia petierat a Cajo mercedes ex agris sibi restitutis perceptas cum usuris usque ad litem contestatam extensis, atque in eam summam adepta erat condemnationem. Hac soluta, deinde per *declarationem*, petebat usuras temporis post litem contestatam, sine nova litis contestatione. Rejecta erat non simpliciter, *sed, uti procedebat.* Intelligebat igitur, se nihil impetrasse propterea, quod, cum nullam haberet condemnationem, sine judicio, per simplicem declarationem usuras petiisset. Idcirco nova petitione petebat usuras, etiam quæ post litem contestatam cesserant, & quæ ab initio petitæ sine dubio adjudicatæ fuissent. Verum ut heic & nunc erat, non videbatur jus illas petendi superesse; quia ex mora veniebant, nec ulla causa, principali obligatione sublata, nitebantur. Sed quia creditrix allegabat, etsi non plene probaverat, se esse promissam de Usuris postea cessuris, & ob alias rationes æquitatis, tum quidem obtinuit *Dorothea a Walta, contra Margaritam a Walta cum soc. d. ... 1681.* Ex his intelligitur, si usuræ propriam habeant causam, ut non ex mora, sed ex stipulatione speciali vel sententia debeantur, tum solutione sortis sine protestatione acceptata, non cessare tamen petitionem usurarum, per *d. l. 49. §. 1. de Action. Empt. l. 8. vers. ibi enim. D. Quod certo loco.* ut probat & judicatum refert Sandius *d. def. 13.* Verum si principalis obligatio non per solutionem, sed alia rescindente vel adnihilante causa sit extincta, tum usurarum petitio indistincte tollitur & evanescit. *d. l. 26. in pr. C. h. t.*

26. (t) Solutioni æquiparantur oblatio & consignatio pecuniæ, * quibus pariter factis, desinit usura deberi. *l. 1. in fin. h. t. l. 6. l. 9. & l. 19.*

(t) *Pos. 31.*

(s) *An idem apud nos de annuis reditibus dici possit, quod jure Romano de usuris, merito dubites, eo quod in nostris reditibus nulla sit obligatio quoad sortem. Invaluit tamen ut eadem præscriptionis regula regantur, ait D. Stockmans. decis.* 124.

* Hac ratione debitorem a cursu usurarum se liberare, permittit *Dec. El. 27.* si forte judex de non solvendo præceptum emiserit, quod si enim pecuniam judicialiter deposuerit, vel in judicio obsignari curaverit, & a periculo sortis & a præstatione usurarum immunis est, Finckelth. *Obs. 19.* Philipp. *ad d. Dec. Obs.* un. *j.* Carpz. P. 2, C. 10. d. 14.

l. 19. *C. eod.l.*28.§.1. *de Administr. & peric. Tut.* Ex quibus satis perspicue probatur, oblationem solam ad hunc effectum non usquequaque sufficere; quia post eam debitor non cessat uti pecunia, cujus idcirco debere pergit usuras. Aliud esse putant nonnulli cum usura ex mora, quæ per oblationem tollitur & purgatur, ut docent *l.* 73. §. *ult. de V. O. & l.*72. *in pr. de Solution.* debetur. (6) Alii frequentem oblationem putant depositionis & obsignationis loco esse, quia tum constat, debitorem usum non esse pecunia. * Sic D. Wissenbach. ad *h. t. th.* 25. idque propter *l.* 122. §. 5. *de V.O.* ubi, *Si Seja non cessasset offerre pecuniam, usuras jure non deberi.* Item ob *l.* 4. *C. de usur. pup.* Occupavit ad hos textus responsionem D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Sed hac limitatione non videtur opus, tum quia ad l.122. §. 5. de V. O. *etiam responderi potest ex* Part. I. Tit. quib. mod. toll. oblig. n. 16. *tum, quia in* l. 4. C. de Usur. pupill. *specialis casus est de tutore, cujus debitum non est liquidum ante redditionem rationum, nos vero loquimur de debito liquido.*

RESPONSIONIS plenioris causa velim sequentia serviant. Nos ipsi limitationem Wissenbachianam paulo superius intercepimus diversa interpretatione verborum, *si non cessasset*, in *d. l.* 122. Responsio, quam Thomasius suggerit ex *positionibus nostris*, hæc est; quod e legibus oblationem & obsignationem pariter requirentibus supplendi sint textus qui de oblatione sola loquuntur. Nisi & hoc videatur; in illo §. 5. pœnam videri esse fidei ruptæ & temerariæ litigationis, tribus sententiis consonantibus refutatæ, ne quis pecuniæ injustissime recusatæ usuras insolenter petat; cujusmodi malitia, præter responsionem Thomasii, offendit etiam in *d. l.* 4. *C. de Usur. pupil.* Hoc etiam tenendum, si non fuerit cui solveretur, usuram, quæ ex mora venit, non deberi, ut si pupillus non habeat tutorem, vel peregre abfuerit creditor. *l.* 17. §. 3. *h. l.* 7. §. 2. *de Minor.* Ejus enim temporis inculpata mora est. *l.* 9. §. 1. *h. t.* Quid enim imputari potest ei, qui solvere etiam si vellet non potuit? *d.l.*17. §. 5. Quando obsignationi locus est, hæc in publico apud officium judicis fieri debet, *l.* 19. C. *h. t.* ad cujus anceps damnum evitandum fit aliquando, ut creditor se pecuniam habere pro consignata profiteatur, & tunc usuras quoque cessare consentaneum est, etiam vero, si judex, vel is apud cujus officium fit obsignatio, idem apocha tradita sit confessus. Sad. 3. 14. 13.

27. (u) Diximus, quomodo per consequentiam usura tollatur; videamus, quo pacto per se finiatur. Id fieri *Conventione contraria*, tralatitium est; sed inprimis huc pertinet *Æquatio sortis*; nec enim placuit, usuram, quæ est accessio, fieri sorte majorem principali, & hoc est, quod dicitur, usuram non posse *duplum* excedere, *l.* 26. §. 1. *de Condict. indeb. l.* 10 *C. de usur.* quemadmodum fere id omnibus linguis accidit, ut æquipolleant hæ formulæ, *dimidio plus*, *altero tanto plus & duplo plus vel majus.* Sed in duplo non computantur usuræ solutæ; *Tunc enim ultra sortis summam usuræ non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem*, verba sunt *d. l.* 10. Placet audire Wissenbachii nostri *exceptionem*. Hoc *Antonini Rescriptum*, inquit *th.*23. *sana ratione destituitur. Ita enim meliore conditione erit acerbus usurarum exactor, creditor, quam benignus dilator; & rursus ex contrario, deteriore conditione erit diligens in solvendis usuris debitor, quam tardus & morator, contra l.* 33. *h. & l.* 8. *de Compensat.* Cujus *iniquitatis* pergit; *admonitus Justinianus, constituit in Nov.* 121. *&* 138. *usurarum solutiones particulariter factas concervari & in duplum computari, abrogata d. l.*10. Quanquam & ante Justi-

(u) *Pos.* 29.

(6) *Quorum sententiam veriorem esse puto. Cum enim unica, in supposito, usurarum causa sit mora, consequens est, ut cessante mora (quod contingit per solam oblationem* l. 73. §. ult. l. 91. §. 3. de V. O. l. 72. pr. de solut.) *cesset quoque sive sistatur usurarum cursus. Sed & ipsemet Auctor n.* 41. h. t. *expresse docet, purgatione moræ ejus effectus cessare, ergo cessabit cursus usurarum. Deinde, si purgatio moræ efficiat, ut alii effectus moræ cessent* l. 17. de peric. & comm. rei Vend. *quidni & efficeret, ut cessarent usuræ, cum harum cursus sit alter moræ effectus? Quod attinet leges quæ consignationem requirunt, eæ non agunt de usuris ex mora sed de usuris ex conventione debitis, quarum cursus proinde per solam oblationem sisti nequit.*

* Ob eandem rationem ab usuris *d. Dec.* 17. absolvit debitorem, qui Jurejurando, aliave ratione probat, se post emissum de non solvendo præceptum, pecunia credita non fuisse usum, licet eam judicialiter haud deposuerit, imo debitorem quoque, qui literas Moratorias impetravit, in usurarum præstationem in solidum condemnari, non patitur *Dec.* 60. si probare possit, se, durante quinquennio, pecunia ac facultatibus suis uti non potuisse. j. Philipp. *ibid. Obs.* un. licet regulariter hujusmodi literæ cursum usurarum non sistant, sed exactionem tantum differant. *d. Dec.* add. Ant. Fabr. *Cod. l.* 4. *tit.* 9. *def.* 8.

ſtinianum Græci Impp. idem ſtatuiſſe videntur, ut ex *l. pen.* de baſilicis excerpta, *d. tit. C. de Uſur.* intelligimus, ubi; *Uſuræ minatim & per intervallum ſolutæ, cum duplo compenſantur*; quem textum D. Wiſſenbach ut ὁμόψηφον *d. l.* 10. citat, minus attente inſpectum.

28. Quod ad cenſuram Wiſſenbachianam attinet, non poſſum, quin valde ab eo diſſentiam. Puto, civilius & prudentius conſultum ab Antonino, quam a Juſtiniano. Nam, ut antea diximus, Legislator in moderandis uſuris id inprimis ſpectat, ne homines anguſta & inclinata re, deſtruantur; quales ſolent eſſe, qui uſuras ſolvere nequeunt, creditoribus quidem raro cunctantibus exigere: qui autem uſuras prompte ſolvunt, non ſunt in eo ſtatu, ut egeant hoc levamine: ſic igitur nihil eſt cauſæ, quamobrem uſuræ ſolutæ curſum uſurarum ſolitum abrumpere debeant. Nec ideo placet diſtinctio Facultatis Wittenbergenſis, utrum creditor fuerit in mora exigendi, an debitor in mora ſolvendi, ut tum ſcilicet huic parcatur, referente Strauchio *Diſſert. Juſtin.* 28. *th.* 16. *in fin.* Præterea movet hæc ratio; quod regula, ne acceſſio major ſit principali, tum proprie locum habeat, quando ſors uno loco, & uſura in cumulum redacta oppoſito loco conſiſtit; ut tunc uſura ſorte ſit major, equidem eſt abſurdum, ſicut habet *d. Lex* 10. ſed uſura ſoluta οἴχεται, abiit & eſt tranſmiſſa, nec, ut acceſſio, quæ non eſt amplius, conſiderari poteſt. Tertia ratio; per ſententiam Juſtiniani, nulla fœnebris pecunia, pro qua ſemiſſes uſuræ ſolvuntur, ultra *ſedecim* annos, uſuris licet annuatim ſolutis durare poſſet; quod pupillis, viduabus, & civitatibus præpoſtere cederet, quando bene collocatas ſortes, e quarum uſuris vivunt, eodem loco, ne apud Rempubl. quidem, niſi gratis, relinquere non liceret. Wiſſenbachii & eorum, quos ille ſequitur, rationem parvi eſſe momenti, ſatis ex dictis colligas. Non opus eſt, ut creditor, qui recepit uſuras, fuerit acerbus exactor; Potuit eſſe *cum efficacia benignus, & cum inſtantia humanus*, ut eſt in *d. l.* 33. *h. t.* neque tam debitor impudens, quam impotens morator, cui ſubveniendum ſit, præſumendus eſt.

29. (x) Has rationes ſine dubio in conſpectu habuerunt Illuſtres Friſiæ Ordines, quando per Edictum anni 1613. conſtituerunt, uſuras *non ſolutas*, ſortem non poſſe ſuperare; annuatim vero *ſolutas*, * quamvis ſemel ſortem æquaverint, tamen ſorti poſtea non imputari, teſte Sandio 3. 14. 5. *in fine*, poſtquam docuerat, legem de duplo non excedendo, pertinere ad omne genus uſurarum, etiam pupillarium, ex ſtipulatione vel mora, pretio quoque non ſoluto, debitarum; quia *Lege non diſtinguente vel excipiente, noſtrum non eſt, diſtinctiones aut exceptiones comminiſci*, ſecus ac auctores *quos ille citat*. Saltem ſi ex rationibus juris non proferantur exceptiones, quales ſunt duæ, quas collocabimus. Prima, quando debitor eſt condemnatus in ſortem & alterum tantum uſurarum; ab eo tempore, quia novatur prior contractus & nova inducitur obligatio, novus incipit curſus uſurarum de ſorte condemnationis, ut ipſe probat Sandius *d. l. tit.* 14. *def.* 11. Altera exceptio eſſe videtur in uſuris compenſatoriis; quamdiu uſuræ non excedunt modum damni vel lucri ceſſantis, quod creditor vere ſe paſſum vel paſſurum demonſtrat, nulla datur ratio curſum uſurarum abrumpendi, ut erat in caſibus ſupra in quæſtione de uſuris uſurarum. Quando reus ex alieno agro tot annorum fructus percepit, ut duplum egrediantur, quis dubitet, in illis ceſſare conſtitutionem dupli; cum alioqui regula naturalis æquitatis, ne quis ex alieno locupletior fiat, offenderetur; atque ita in prædictis caſibus, uſuris loco fructuum computatis, a Curia ſuprema judicatum eſt, ante magnas ferias 1679. & 1680. Carpz. *part.* 2. *C.* 30. *Def.* 28. *n.* 3.

(x) *Pos.* 29. & 30.

* Jure Saxon. Electorali, non modo particulariter præſtitæ uſuræ ultra alterum tantum recte accipiuntur, ſed etiam nondum ſolutæ peti poſſunt, ſi creditor doceat, ſe debitorem de facienda ſolutione, judicialiter interpellaſſe, *Dec. El.* 19. ibique Phil. *obſ.* 1. *j.* Carpzov. *Pr. Crim.* qu. 91. n. 59. *Id. l.* 4. *Reſp.* 41. n. 2. *ſeq.* add. *Dec. El.* 8. & 9.

DE EO QUOD INTEREST.

XXX. Quid sit. XXXI. Ejus regula prima de duplo non excedendo in casibus certis, & usus ejus. XXXII. Regulæ contrariæ in casibus incertis & alias, usus. XXXIII. Sintne delicta casus certi, an incerti. XXXIV. Secunda regula, ne lucri & damni ratio sit extraordinaria, exemplo illustratur. XXXV. Tertia regula.

30. EXplicata est pars prima Rubricæ de Usuris, quibus admodum affine esse ID quod INTEREST, aliquoties intelleximus. Est nihil aliud, quam Æstimatio damni illati & lucri cessantis. Interesse, inquit Paulus, *est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. l. 13. princ. ff. Rem ratam haberi.* Tres ad æstimationem illam gubernandam regulas, habuimus in *Parte I. tit. de Action. n. 17. pag. 405.* de quibus luculenter agit Perezius *ad tit. C. de Sentent. quæ pro eo quod int. prof.* Usus earum regularum saluberrimus est, si recte applicentur; sicut e contrario videre quidem contigit, earum neglectum in foro producere, quod Imper. in *d. l. un.* devitare voluit, ut *quibusdam machinationibus id quod interest in circuitus inextricabiles redigeretur.* * Addemus exempla quædam memoriæ nostræ.

31. Regula prima olim exposita est. *Ne id quod interest in casibus certis excedat duplum.* Quidam conduxerat prædium officinæ figulinæ, quod locatores ob neglectam renunciationem veteri conductori faciendam, præstare non poterant, ideo condemnati sunt in id quod interesset. Conductor probaverat se potuisse in illo anno lucrari mille florenos & amplius; denique condemnationem in tantum adeptus est. Atqui non debuisset ultra trecentos florenos consequi, quia merces annua prædii non excedebat 150. carolinos, quod erat *simplum*, & contractus locationis est *certus*, id est certæ quantitatis, tales autem duplum egredi non possunt. *d. l. un.* Alias: venditæ erant terræ palustres unde cespites ustiles effodiuntur, exque evictæ fuerant, ac ita venditores in id quod interest tenebantur. Contractus erat certæ quantitatis, ideoque non poterat id quod interest excedere duplum pretii. Emptores probaverant lucrum cessans, credo, ultra sextuplum; venditoris advocati non utebantur hac regula; *ne ultra duplum.* Quæ regula incredibile est quam vulgo ignota visa sit. Res ire videbatur ad condemnationem, nisi ex officio hæc regula suppleta fuisset; nec tamen eo tempore decidi potuit, nec quo pacto definita sit, intellexi. Nihil certius erat quam ultra duplum pretii non posse id quod interesset æstimari; utcunque liquidissime probaret actor sua multo pluris interesse, quod non modo ex *d. l. un.* constat, sed etiam juri veteri consentaneum est. *l. 13. §. 26. de Action. empt. l. 9. & l. 44. de Usur. l. 4. de Naut. fœn. l. 15. C. de Usur.*

32. In casibus incertæ quantitatis, ut sunt facta, possessio & similia, cum nullum simplum sit, regulam dupli cessare necesse est. *d. l. un.* Perez. *ibidem n. 12.* Quin etiam in certis casibus hæc est notabilis limitatio; si quis *ob dolum* in id quanti interest condemnatus sit, eum in omne quod vere interfuerit, etsi ultra duplum, teneri, *l. 13. in pr. de Act. empt.* Perez. *ibid. n. 11.* cum quo conciliare vix possum, quod idem *n. 19.* tradit, si petatur id quod interest, propter culpam quoque in tradendo commissam, excedi posse duplum. Quod in hanc rem ex *l. 6. §. 4. de Action. empt.* & ex. *l. 19. §. 1. Locat.* profert, id mihi potius aliam suggerit limitationem regulæ de casibus certis & incertis; nempe, quod contractus certi reipsa possint incertos casus accessorios: ut si venditor recipiat integrum esse vas quod integrum non sit. Ejusmodi qualitatis consequentia per *effusionem* plane est incerta, cujus nullum extat simplum; ideoque nec ad duplum restringi potest hoc e *d. l. 6. §. 4.* Dein & sine conventione damna, quæ ex facto alicujus speciali immediate oriuntur, ab illo simpliciter ut accessiones præstari debent, veluti, quando vas pertusum ignoranti venditum est, ut liquor inde multus effluxerit. *d. l. 6. & l. 19.*

33. Cæterum, ex eo quod diximus ob dolum

* Hos circuitus ut evitent, permittit creditoribus ex singulis centenis quinque, tanquam interesse moræ petere *P. e. C. Fl. 30. Torgauisch Ausschreiben d. an. 1583. rub. von Wucher, §. als haben wir.* Carpz. *l. 4. Resp. 50. n. 22. sq. Id. P. 2. C. 30. def. 4.*

lum posse duplum excedi, pendet decisio quæstionis, an & delicta, quatenus in illis de eo quod interest quæritur, regulæ dupli subjecta sint, negante Perezio, contra Glossographos ad *d. tit. n.* 20. Quatenus in delictis dolus, ut plerumque, vertitur, non potest dubitari; si culpa dumtaxat, ut in Lege Aquilia, pretiumque rei perditæ vel corruptæ certum sit, videbatur esse locus *d. l. un.* Sed obstat *arg. d. l. 6. & l. 19.* specialis reatus facti. Postremo, si conventione partium id quod interest per modum pœnæ definitum sit, verius est, constitutionem generalem non prohibere quominus pactio valeat, ut probant Perez. *d. l. n.* 21. & Tulden. ad *d. tit. n.* 5.

34. Secunda regula moderatrix ejus quod interest, ponitur, *quod lucrum cessans non foris, vel fortuito eveniens computetur, verum quod circa rem consistat & ordinarium, non quod exquisitus aliquando casus obtulerit*, *l.* 21. §. 3. *de Act. empt.* Cujac. 9. *obs.* 31. Perez. *ibidem n.* 15. *& seq.* sub eadem exceptione, *nisi dolus arguatur*, vel *proprium culpæ factum* post contractus perfectionem supervenerit. *d. l.* 13. *in pr. de Act. empt. d. l.* 19. §. 1. *Locat.* Etenim tunc omne damnum vel lucrum cessans, etiam fortuitum & ultra duplum præstari jubet, cum lex, tum ratio juris; utcunque etiam alteri aliquid omissionis objici possit. Placet exemplo rem demum illustrare. *Hippolytus ab Arssen* emerat ab alio cespitifodinas, hac lege, ut venditor emptori liberum navigationis exitum præstaret in fossam communem. Emptor fossa peculiari ducta versus illam communem, reperit ibi orbem terræ modicum sibi non venditum, sed a venditore ibi studio relictum, ut emptori exitum in communem fossam, quod satis constaret, obstrueret. Condemnatus est venditor in id quod Emptoris interesset. Cum ad taxationem ejus quod interest perventum esset, victor probabat diurnum opus cespitum, ut loquuntur, illa æstate, qua impeditus fuerat, constitisse quadragenis florenis, postremo recidisse ad vicenos, pro quibus deinde coactus erat vendere suos cespites. Hoc damnum, vel lucrum cessans, ingentem pecuniæ summam, & longe forsan ultra duplum totius agri venditi efficiebat. Alter hæc objiciebat. I. Pretium illud ingens cespitum fuisse extraordinarium. II. Damnum ex facto venditoris non necessario secutum esse; nam si Emptor alia regione fossam duxisset propriam, non obstante orbiculo terræ intermedio, in communem fossam venire potuisset. III. Potuisset, ubi ad obstaculum terræ pervenerat, ponte facto, ut postea fecerat, confestim cespites in communem fossam transvehere & ex continenti vendere; proinde quod damnum mora suaque negligentia passus erat, id venditori non posse imputari. IV. Emptori oblatos fuisse pro singulis *operibus diurnis* cespitum, binos supra triginta florenos, quos cum recusasset, ipsi esse imputandum id lucrum cessans. Proinde venditorem non teneri, nisi forte ad impensas pontis deinde facti & cespitum transportatorum. Quod ad primam rationem attinebat, pretium illud maximum illa tempestate commune tota Frisia fuerat, quale fori incrementum, licet inexpectatum, non potest effugere ejus quod interest æstimationem; & præterea per dolum hic prætextus excludebatur. *d. l.* 13. *in pr.* Secunda sero allegabatur, postquam venditor in id quod interest erat condemnatus; nec antea potuerat obstare, quia probatum erat, venditorem data opera, hoc est dolo, terram intermediam reliquisse, ut impediret, quod ipse præstiturum se receperat. Tertia ratio non proderat etiam venditori, propter suum dolum, & quia pontis confectio res erat inventionis novæ, quam non erat mirum, emptori non statim in mentem venisse, ut testes etiam nonnulli ratiocinabantur. Nec *quarta* ratio dolum venditoris excusare poterat, ut nec emptori imputandum fuerat, quod, cum cespites constarent 40. noluisset eos vendere pro 32. Quanquam juris igitur rationes pro *Triumphante* militare viderentur, tamen ut est hujus rei praxis valde lubrica & tantum non arbitraria, factum est, ut venditor vix ultra quam obtulerat sit condemnatus. πληθυντικῶς *d.* 16. *Septembris* 1680.

35. Ultima regula, *Quod non affectio domini, sed æstimatio communis spectanda sit*, *l.* 33. *princ. D. ad Leg. Aquil.* patitur eandem doli exceptionem, propter quam actori licet in infinitum, pro affectione sua, taxare id quod interest. Quod est officium jurisjurandi in litem, de quo satis actum *Part. II. tit. de In litem jurando.*

XXXVI. Quando & in quibus Judiciis fructus præstentur. XXXVII. An usuræ fructuum præstentur, & quatenus ex legibus, aut usu fori. XXXVIII. Causa quid, & quotuplex. XXXIX. De Accessionibus. XL. Effectus Moræ superius omissi respectu debitoris. XLI. Alii respectu Creditoris. XLII. Casus quibus mora finitur.

36. SEcunda pars est de fructibus, de quibus agere occupavimus in *Parte I. pag.* 114. *& seqq.* Rursus *in Parte II. pag.* 253. *& seqq. & pag.* 264. *sq.* Heic loci monendum vel repetendum, fructus in bonæ fidei judiciis a tempore moræ deberi, tam si mora sit ex re, quam ex persona, *l.* 32. §. 2. juncta *l.* 34. *h. t.* veluti in causa dotis. *l.* 38. §. 1. *h.* Imo etiam in strictis actionibus, quoties æquitas ita dictat, ut in condictione rei indebite solutæ, §. 2. *d. l.* 38. *& l.* 15. *de Cond. ind.* in repetitione rei mortis causa donatæ, §. 3. *d. l.* 38. in legatis & fideicommissis. *l.* 3. *pr h.* In revocatione rerum in fraudem creditorum alienatarum. §. 4. l. 38. Additur, in repetitione rerum vi metuque ademptarum. §. 5. *& 6. ibid.* Sed hoc referri potest ad locum communem, quo dictum est alias, malæ fidei possessores ad omnes fructus restituendos teneri, hoc est, a tempore scientiæ, *l.* 23. §. 1. *& l.* 48. *de A. R. D.* quæ cum per interpellationem adquiratur, dicendum videtur, ex mora personali fructus semper & indistincte esse restituendos. Sed absque mala fide sic est regula; fructus in stricti juris contractibus a lite contestata esse præstandos. *d. l.* 38. §. 7. *h. t.* 91. §. *ult. de Leg.* 1. *l.* 22. *C. de R. V.*

47. (y) Hoc & alias expositum: sed quæsitu dignum est, an fructuum perceptorum usuræ a condemnato præstentur. in *l.* 15. *h. t.* negatur, tam de fructibus ante, quam post litem contestatam ex officio adjudicatis: atqui de fructibus ante, non post litem contestatam perceptis, usuras deberi scriptum est in *l.* 51. §. 1. *de Hæred. Pet.* quod est ἀπροσδόκητον: nam post litem contestatam præstationes sunt pleniores, & conditio actoris exinde fit melior *l.* 86. *de R. J.* Sed ratio petitur ex intima juris philosophia. Non placet accessionis dari accessionem; fructus sunt accessiones fundi; usuræ quoque sunt accessiones, ideo non possunt accedere fructibus. Cur igitur in Hæreditatis petitione? Quoniam in illa fructus non sunt accessiones, sed pars hæreditatis, veniuntque in ipsam hæreditatis petitionem, *l.* 20. §. 3. *de Hæred. petit.* cum in petitionibus rerum singularum veniant ex officio judicis. *d. l.* 15. At in ipsa hæreditatis petitione fructus post litem contestatam percepti, cum in petitionem venire nequiverint, ex officio adjudicandi sunt, ac ita fiunt accessiones, incapaces usurarum. *d. l.* 51. §. 1. Nec aliter in foro servandum, docet Faber *l.* 5. *C. tit.* 2. *def.* 4. ubi diserte addit, ita juris esse, tametsi fructus certa quantitate fuerint æstimati, vel usuræ sint taxatæ; non magis enim fructuum usuras, quam usuras usurarum deberi. Idem Brunnemannus *ad d. l.* 15. Quod ab usu fori nostri, ut *supra* intellectum est, abhorret, ubi fructuum in condemnationem deductorum, si quantitatis æstimatæ sive *taxatæ* sint, usuræ sine dubitatione, tam ante litem contestatam in judiciis bonæ fidei, quam postea, præstantur & adjudicantur. Mornacius *ad l.* 15. accipit eam de fructibus in specie perceptis, non de æstimatione eorum pecuniaria, cum sit, illi esse derogatum per *L. frumenti.* 12. *C. h. t.* quæ statuit, hordei vel frumenti mutuo dati accessionem præstari; quin & in oleo ac quibuslibet fructibus, accessio ejusdem materiæ usura dicitur, *l.* 23. *C. eod.* ut *supra* vidimus. Esse hanc veram *L.* 15. cum *d. l.* 51. comparatæ sententiam, haud fidenter dixerim; sed habet æquitatem civilem: satis enim grave videtur, possessoribus etiam malæ fidei, qui de fundis alienis certas mercedes tot annorum pro fructibus acceperunt, eos sine usuris illas pecunias restituendo defungi. Qui vero fructus ipsi perceperunt, postquam hi cum impensis collati liquida pecuniæ summa æstimati sunt, quid est iniquum in eo, quod ab illo tempore quantitatis illius usuræ præstentur? Imo illud nequidem in *l. ult. C. de usur. rei jud.* prohibitum videri, diximus *antea*. Sic etiam habet usus, sine scrupulo Fori nostri. Apud Sandium non nihil hac de re, tam frequentis usus, cum legibus ita confligentis, collocatum vellem. Plura de fructibus & eorum compensatione cum expensis occupata sunt apud *tit. de Rei Vindic. n.* 7. *& seqq.*

38.

(y) *Pos.* 32.

38. (z) Pars *tertia* Rubricæ de CAUSIS loquitur. Quam πολύσημος illa vox sit, exponit copiose Brissonius *de V. S.* voce *Causa*. Ad hunc locum pertinet significatio, quod *Causa* sumitur pro omni qualitate & utilitate quæ circa rem vertitur, ut Cujacius ad *h. t.* Hæc definitio indicat esse duplicem causam, internam & externam. Ad internam pertinent qualitates rerum, ut bonitas, fertilitas, immunitas prædiorum, libertas hominis, agilitas, integritas jumenti. Ad externam referuntur, quæ a rebus ipsis manant, ut partus ancillæ, qui non est in fructu, §. 37. *I. de R. D.* fœtus ex fœtu qui fuit in fructu, Cujac. *h. t.* plane etiam fructus ipsi, sub causa generaliter sumpta comprehenduntur. *l.* 2. & *l.* 38. §. 7. *h. t.* Tu rogabis, quæ sit ratio appellationis; nam quæ sunt enumerata, magis ad effectus quam ad causas pertinent. Non possum reddere meliorem, quam dat Justinianus in §. 3. §. *de Off. Jud. Non sufficit, si exhibeat rem is cum quo actum est, sed opus est, ut etiam rei CAUSAM debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor quam habiturus esset, si, quum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset*. Per *Causam* ibi conditionem sive statum rei, de qua agitur, intelligere videtur. Plerumque causa negotium ipsum denotat, causa hæreditatis, causa fideicommissi, alia causa. *l.* 5. *de R. J.* & *l.* 12. *de Solut.* Sic in omnem *causam* fidejussor obligatus. *l.* 54. *Locati*. Inde tropus facilis pro conditione & qualitate causæ. Sic in omnem conditionem obligatus, idem quod in omnem causam. *l.* 68. §. 1. *de Fidejuss.*

39. (a) Tandem quoque pars IV. Rubricæ, quæ est de Accessionibus, etiam fructus atque causam continet; addit tamen aliquid prioribus, scilicet alluviones & avulsiones insulasque in fluminibus natas, item consolidationes, *de quibus alibi dictum est*.

40. (b) Postrema & V. Rubricæ pars de *Mora*, jam occupata, potest heic loci adhuc capere exhibitionem effectuum, qui inde apud leges oriri dicuntur. Præcipui effectus sunt a parte debitoris. I. Quod res sive species debita, post moram commissam sit ejus periculo & pereat ejus damno, *l.* 23. & *l.* 82. §. 1. *de V. O.* nisi casus, quo res periit, ejus generis sit, ut res apud ipsum creditorem æque periisset, velut, si res sua natura intercideret, *l.* 14. §. *ult. Depos.* quod tamen non semper usquequaque procedit, ut videre est in *l.* 15. §. *ult. de R. V.* Addenda quoque est regulæ hæc limitatio; nisi dolus creditoris intervenerit, quem in illo casu solum præstat. *l.* 17. *de Peric. & comm. rei vend.* II. Effectus secundus est, quod mora perpetuat obligationem, *l.* 91. §. 3. & *sequ. de V. O.* etsi dies fuerit adjectus quoadusque duraret. *l.* 59. §. *pen. Mandat.* III. Tertius effectus; mora facit ut fructus & usuræ in bonæ fidei judiciis exinde debeantur, quod *supra* expositum est ex *l.* 32 §. 2. *l.* 34. & *l.* 38. *h. t.*

41. Respectu creditoris mora quem habeat effectum, similiter demonstratum est; si recusaverit debitum opportune oblatum, ipsius periculo sita est res debita. *l.* 30. & *l.* 72. *pr. de Solut.* Cui adde, quod distractio pignoris, jure creditoris facta, post moram a se commissam non valet. *l.* 8. *C. de distract. pign.*

42. Sed nec obliviscendum, hos effectus cessare purgatione moræ, quæ fit oblato debito, re adhuc integra, ut eleganter docet *d. Lex* 91. §. 3. *de V. O.* item per novationem, *ex l.* 8. *pr. de Novat. l.* 72. §. 1. *de Solut.* An & compensatione reciprocæ moræ tolluntur ejus effectus? Ita videbatur, quia dolum mutuum compensari jam pridem intelleximus. *l.* 57. §. *ult. de Contrah. empt. l.* 3. §. 3. *De eo per quem fact.* Sed vix est ut hoc usum habeat alibi, quam in transitoriis commissis: in his, quæ tractum temporis habent, posterioris effectus durat. Atque ita posterior mora nocet ei, per quem stetit, quominus solveretur, aut solutio acceptaretur. *l.* 17. *de Peric. & Comm. rei vend.*

TIT. II.

De Nautico Fœnore.

I. Quid Fœnus Nauticum, & an usus ejus reprehendendus. II. Quantitas ejus. III. Analogiam ejus ad quasdam terrestres obligationes extendi.

(a) NUsquam usuræ laxior facultas, quam in negotiationibus maritimis propter lucri abundantiam, exercetur. Qua, cùm periculi magnitudo non sit minor, sæpe fit, ut pecunia navigantibus periculo creditoris mutuo detur, quæ a trajiciendo mare, dicitur pecunia

(z) *Pos.* 32. 33. & 34. (a) *Pos.* 35. (b) *Pos.* 36. (a) *Pos.* 1.

nia *trajectitia l. 1. & pass. h. t.* ejusque periculi respectu usuram capere licet centesimam, *l. 4. h. l. 1. & 2. C. h. t. & l. 26. §. 1. C. de Usur.* quæ ob sortis, inquam, evidens periculum, nihil habet iniquitatis, etsi Pontifex aliter in *c. naviganti. 19. X. de Usur.* (1) nec non Plutarchus *Comparat. Demosth. & Ciceronis*, qui, cum narrasset, Demosthenem se Regiis largitionibus corrumpi passum fuisse, πρὸς τὰς δωρεὰς ἀντιβλέψαι οὐκ ἂν ἐτόλμησεν. *Ad largitiones oculos vertere non fuisset ausus*, inquit; mox addit falle; Οὐδὲ ἦν τοῦτο τὸ ἔργον ἀθρώπου δανείζοντος ἐπὶ ναυτικοῖς. *Neque vero expectandum hoc erat*, inquit, *ob homine, qui usuras nauticas exerceret.* Puto Demosthenem in civitate, maritima negotiatione florente, non fuisse vitio vertendum, quod pecuniis suo periculo navigantibus credendis mercaturæ adderet vigorem: ac ita, censent hodie prudentissimi quique civitatum, in quibus mercatura viget, moderatores.

2. (b) Quin etiam quia periculorum magnitudo & multitudo mirifice variat, prout magis minusve longinquum est iter, & sæpe mare infestum est oris barbaricis atque piratis, inde moribus hodiernis receptum est, ut pretium periculi, pro ratione formidinis, hoc est usura, crescat & augeatur, etiam ultra centesimam, teste Grotio *lib. 3. Introd. c. 11.* Molinæo *de usur. n. 93. & seqq.* Groeneweg. ad *l. 26. §. 1. C. h. t. n. 2.* Notum est hoc genus usuræ vocabulo *Bodemerije*, a voce *Bodem*, id est, *fundo navis*.

3. Quin etiam in terrestri negotiatione, quoties pecunia creditur hac conditione, si debitor eventu prospero negotietur, recipiat creditor pecuniam, secus eam perdat, usuram pro modo periculi augeri posse, docet *Lex 5. h. t.* De cujus intellectu & lectione, videatur Cujacius *6. obs. 25.* Wissenbach. ad *h. t. th. ult.* (2) Quam primum vero transierit PERICULUM, cessat etiam usuræ augmentum, *l. 4. h. t.* ut &, si per creditorem steterit, quominus pecuniam, etiam intra certum tempus præstitutum accipiat. *l. 8. h. t.* Adeoque & sine stipulatione trajectitium fœnus incipit deberi, *l. 5. §. 1.* & sola oblatio cursum trajectitii fœnoris sistit. *d. l. 8. h. t.*

TIT. III.

De Probationibus.

I. Continuatio & partitio. II. Quid probatio sit: eam non posse nisi plenam esse. III. Fieri bifariam, artificialiter & inartificialiter. Illam posse fieri per argumenta probabilia cumulata, etiam in criminibus: ubi de exemplo apud Sanctium 5. 9. 14. IV. Alia duo exempla. V. Quid si secus ex actis & probatis liqueat, quam judici constet, quid judici agendum sit, remissive. VI. Fama, Confessio, Jusjurandum, an species probationis sint. VII. Quid probari debeat. VIII. Quis probare debeat. IX. De interlocutione probandi causa. X. Quo tempore facienda probatio. XI. De articulis probatoriis. XII. De reprobationibus earumque termino. XIII. An probationes unius judicii locum habeant in alio.

(a) QUanquam titulus de probationibus ad caput de judiciis commode referri potuerat, nec forte non debuisset, hic tamen suum locum facile tuetur; quatenus nusquam crebrius de probationibus, quam in materia contractuum, qui sunt de factis sæpe dubiis, & de quibus in superioribus libris actum est, disceptatur. Rubrica duas habet partes; de probationibus & de præsumptionibus. Doctrina de probationibus, constat definitione & ejus

(b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1.

(1) *Lectionem negativam*, usurarius non est censendus *in c. 19. x.* de usur. *post Gonzal. recte defendit Justus Henningius Boehmer in notis ad cit. cap. cum tenor hujus decretalis, negationem omnino retinendam esse satis evincat: Etenim Pontifex secundum casum in cit. cap. tam arcte cum priori conjungit, ut palam sit idem hoc casu juris esse, quod in priori allatum fuerat: de secundo autem casu dit*, non debet ex hoc usurarius reputari, *adeoque de priori casu dixit*, usurarius non est censendus.

(2) *Adde Noodt de fen. & usur.* lib. 2. cap. 7.

& ejus exegesi, qua divisiones in transitu complecti licebit, hoc modo.

2. (b) Probatio nihil est aliud, quam *Legitima fides, Judici facta de veritate rei dubiæ, secundum actoris, aut aliquando secundum rei intentionem*. FIDES hic est persuasio. Græce πίστις, quod est a πείθω *persuadeo*. Nam probatio sic instituenda est, ut judici facultas sit, ex animi sui sententia, quid sine dubitatione credere debeat; existimandi, *l. 3. §. 2. de Test.* ubi quidem verba *sine dubitatione* non habentur, sed ex sui animi sententia, quæ est προαίρεσις, aliquid statuere; id equidem cum dubitatione consistere non potest. Fides vacillans & titubans non persuadet: sed oportet plene convictus sit judex, qui *ex animi sententia*, quid sit credendum, decernat. Unde patet, *semiplenam* probationem esse contradictoriam, atque ad alteram tituli partem *de præsumptionibus esse referendam*. Inde & sequitur, divisionem probationis in plenam & semiplenam, non esse juridicam. Qui aliter sentiunt, usum semiplenæ probationis præcipuum, in uno teste, demonstrant; quasi eum duo testes faciant *plenam* probationem, unus testis *semiplenam* facere debeat, quod arithmetice procedit, juridice non potest, si verum est, quod ait *Lex 9. §. 1. C. de Testib.* unum testem, præclaræ licet Curiæ honore præfulgentem, nullo modo esse audiendum: unum testem esse nullum, εἷς μηδείς. Olim unius testis non omnino nullam rationem habitam fuisse oportet, ex eo quod in *d. l. 9. §. 1.* habetur; Sancimus, *ut unius testimonium nemo judicum in quacunque causa facile admittat*; mox. *Et nunc sancimus, ut omnino non audiatur.* Unde liquet, immerito a Wissenbachio nostro ex particula *facile* collectum esse ad *tit. de Test. n. 32.* aliquando in causis civilibus unius testimonio stari posse. Hoc enim non est minus quam dicere; testem unum semiplene probare, quod tamen ipse negat *ad h. t. th. 3.* Ex verbo *facile*, quod ad jus antiquatum pertinet, nihil est quod ad usum præsentem colligamus; jam hac de re locuti sumus *ad tit. de Jusjur. n. 13.* idemque locus *paulo inferius* iterum occurret. Verum tamen est, doctrinam hanc esse divisionem in plenam & semiplenam, & in tritura Fori celebrem; nec desunt, qui ex ipsa juris arte petitam prædicant, quod procul a vero.

(b) *Pos. 2. & 4.*

S C H O L I U M.

Ita videlicet Auctor fuit edoctus a Wissenbachio, ad h. t. th. 3. qui propterea Johannem Monachum, Professorem quondam Lipsiensem notavit. Nos causam non videmus, cur ab illa divisione recedamus; vid. ad Strauch. XXV. 8. p. 563. Lex 9. §. 1. C. de Testib. *uti variis limitationes admittit, quas vide apud Brunnem*. ibid. *ita nihil aliud dicit*, *quam quod unicus testis* non *facile debeat admitti*, *& sic a Judice plane non audiri*, *scilicet ut probationem plenam faciat*, *& ut ei credatur*.

R E S P O N S I O.

Qui crebras dissensiones *meas a Wissenbachio* alibi *notat*, *hinc facile discat*, *non* auctoritati, *sed rationi hac parte nos obsecutos. Responsio Thomasii ad l. 9. §. 1. jam a nobis occupata; & ultima*; *quæ aliorum quoque est*, *petit principium*.

N. A D D I T.

Neque eum in finem scholium a me erat adductum, *ut Auctori imputarem*, *ac si auctoritatem Wissenbachii magis sequeretur*, *quam ejus rationes*, *sed ut lectorem remitterem ad Auctorem*, *qui plenius hanc quæstionem tractasset*, *quam tum expedita erat in positionibus*. *Si prælectiones ad Pandectas tum fuissent editæ*, *remisissem ad eas. Interim ut similiter declarem*, *quomodo semper paratus sim cedere rationibus melioribus*, *jam profiteor*, *me facere cum Wissenbachio & Auctore*, *postquam scilicet sufficienter didici*, *probationem minus plenam*, *i. e semiplenam*, *& necdum semiplenam*, *esse purum inventum juris Pontificii*.

Textus, quos alii proferunt, & quos heic subjecimus, nihil ad rem pertinent; ex *l. 3. §. 2. de Test.* contrarium probavimus. Fideicommissi probatio in *§. ult. I. de fideicomm. hæredit.* & *l. ult. C. de fideic.* pauciores quinque testibus quidem admittit, &, ubi deficit probatio, jusjurandum purgationis; hoc autem quid ad semiplenam probationem? Idem *ad l. 3. C. de Reb. Cred.* tenendum, de qua dictum similiter ad *d. tit. de Jusjur. n. 12.* *Lex 5. §. 6. de Re Milit.* de præsumptionibus opposite ad probationem agit. *Lex 37. §. 5. de Legat. 3.* docet, scripturam codicilli sine ulla probatione hæredem obligare. Denique Tacitus in partes vocatur, 15. *Annal.* 51. *in fin.* ubi: N. nomen *suspicatum esse*, *quæ vera non probabantur*. Hæc refellere, idem est ac refellere.

3. (c)

3. (c) Cæterum, quominus rationes & argumenta æque fidei faciendæ valeant ac testes & instrumenta, non est dubitandum. Quo pertinet vetus scholastica probationis divisio, in artificialem & inartificialem. Ut illa sit, quæ per ratiocinationes, hæc, quæ per instrumenta vel testes fiat; quæ sola probationum voce communiter intelliguntur: quando quæ probandi causa fieri solet interlocutio, ad inartificialem solummodo pertinet. Ratiocinatio fit vel ex argumentis necessariis, vel probabilibus, quæ sunt præsumptiones. Necessaria sunt infinita, veluti, qui fuit in Flandria, non adfuit eodem tempore Londini conjuratorum cœtui; non commisit ibi cædem. Cujus mater non fuit nupta patri ejusdem, is est Nothus: cujus pater est incertus, is spurius, & similia. *l. 19. C. de R. V. l. 2. C. de in lit. jur. l. 21. & ult. C. de Probat. l. 2. C. de Test. l. 34. C. ad L. Jul. de Adult. &c.* probabiles rationes quid valeant, inferius dicetur. Sed huc pertinet observatio considerabilis, quod concursus probabilium adeo frequens & validus esse possit, ut judici fas sit, ex animi sui sententia statuere, sibi esse probatum, & *plenam* fidem esse factam, etsi plenior dari posset, idque etiam in causis criminalibus & capitalibus, per *l. ult. C. de Probat. l. 1. §. 4. de Quæst. l. 1. §. 3. ad Leg. Corn. de Sicar. l. 22. C. ad Leg. Corn. de Fals.* Auctores in utramque partem laudat D. Wissenbach. ad *tit. ff. de Pœn. th. 22.* & Sandius, qui ad objectiones quoque respondent, *lib. 5. Decis. tit. 9. def. 14.* ubi exemplum, de cujus re judicata censuram, sine suffragio, Thomasius noster instituit ad *Position. 17. h. t.*

S C H O L I U M.

Sed mallem, Sandius conjecturas istas determinasset: nam quod attinet exemplum ibidem subjunctum; in eo forte plura desiderare quis posset, secundum ordinem processus criminalis apud nos recepti, quæ latius exequi hujus loci non est. Præprimis in enarratione casus ibi facta, nihil proponitur de depositione uxoris Bieckii, quæ tamen tempore homicidii commissi præsens fuerat. Nihil memoratur de qualitate & loco vulneris, item utrum cadaver dissectum fuerit, nec minus &c. Nec obstat, quod eventus docuerit Bieckium commisisse homicidium. Id enim factum fuit per accidens; & notum est, etiam ex falsis præmissis quandoque inferri posse conclusionem veram.

R E S P O N S I O.

Determinatio conjecturarum, quæ pro varietate factorum infinitæ sunt, frustra exigitur. Depositio uxoris homicidæ æque male desideratur, cum neque pro reo, nec contra eum admitti potuerit. De qualitate locoque vulneris & anatomia, quod requirit Scholiastes, non est de nihilo. Sed minus a Sandio scriptum, quam inquisitum fuisse, non est dubium: quando quod a Senatu diligentissime prudentissime que semper administratur, id tum observatum fuisse, pro certo habendum est, ut vulnus absolute lethale fuisse, nullo modo sit ambigendum: verum a Sandio omissum puta, quia non pertinebat ad quæsitum illius loci. Id erat, utrum Bieckius esset cædis reus, non, an cædes facta esset.

N. A D D I T.

Et hic jam facile condescendo, quamvis in scholio non desideraveram determinationem conjecturarum infinitarum, sed determinationem saltem quarundam præcipuarum ex infinitis, neque adhuc videam, cur depositio uxoris homicidæ non fuerit admittenda. Ubi enim veritas aliter haberi non potest, ut in illo casu, etiam testes alias inhabiles admittuntur. Et quidni uxor admitteretur in criminalibus pro defensione mariti? De anatomia vero, quæ monueram, forte in hoc casu erant de nihilo. Postquam enim interfectus ex vulnere statim moriebatur, nullum erat dubium, id vulnus fuisse lethale. Cum vero illud monerem, eram adhuc in erronea opinione quorundam judiciorum, quasi anatomia esset de essentia judicii criminalis, ita ut ea omissa non posset perveniri ad pœnam ordinariam, quem errorem jam satis distincte cognosco.

4. Cujusmodi circumstantiæ, & quales præsumptiones accumulatæ esse debeant, non est, ut diximus, expressum, neque potest designari, sed locum heic habet eximie, quod Hadrianus ait in *l. 3. §. 2. de Testib. Quæ argumenta, ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest.* . . . hoc solum præscribi potest, *non ad unam probationis speciem cognitionem alligari debere, sed ex sententia animi judicem æstimare oportere, quid aut credat, aut parum probatum opinetur.* Species autem & usus observationis ita potest describi. Quando circumstantiæ factum immediate præcedentes & consequentes, ita reum premunt, ut tametsi corpus ipsum facti non extet probatum, sic tamen undique conclusum & coarcta-

(c) *Pos.* 3.

ctitum est, ut ab alio quam a reo perpetratum esse nequeat; certitudine tamen morali, non physica, quæ scilicet ejusmodi sit, ut contrarium plane sit impossibile. Sic naturaliter impossibile non erat, in exemplo apud Sandium, Renicum a se vel ab uxore Bieckii fuisse vulneratum; sed facti complexio ab illo possibili penitus abhorrebat. Loco generalis circumstantiarum expositionis, quæ non habet facultatem, duobus exemplis rem notabilem illustrabimus, altero ex Nauta, nostræ memoriæ altero. Quidam *Suffridus Wiggeri* dimicaverat cum alio, cui nomen *Jacob Jans*; illo penes se non habente cultrum; *Jacobus* aliquoties *Suffridum* suo cultro impetierat: donec a circumstantibus ei culter extortus est, cum nemo *Suffridum* vidisset aut sciret esse percussum. Is exinde in eodem loco per integram fere horam sederat in scamno quodam, nulla de vulnere querela. Deinde egressus mox rediit, pileum tenens refertum suis intestinis, nec multo post extinctus est; nulla cum alio pugna rixave habita. Moribundus ajebat, a Jacobo se vulneratum, & hic objectantibus quibusdam vulnus *Suffrido* inflictum, responderat aliis quidem, non esse tam grave vulnus; alias tacuerat. Post mortem Suffridi, Jacobus accusatus negabat factum; probabat etiam, Suffridum aliquot septimanis ante, cum apud secretum vincula femoralium solvere non posset, cultro illa diffindere conatum esse, tam imprudenter, ut parum abesset, quin cultrum ventri impegisset. Hoc non erat impossibile, quominus & tunc evenire potuisset; Curia tamen factum peremptorium non exacte probatum adeo circumstantiis undique pressum judicavit, ut non dubitaverit, Jacobum, etsi necdum annos XX. natum, omissa quæstione, capitali addicere supplicio. *d.* 8. *Jul.* 1643. Nauta *Decis. MS.* 127. Quanquam autem in capitalibus & non capitalibus ratio juris est eadem, quia tamen heic in judice firmum & serenum animi decretum; etiam exactior in capitalibus probatio, *l.* 16. *C. de Pæn.* requiritur, potest fieri, ut hæc res facilius in non capitalibus inducatur. Exemplum meæ memoriæ placet addere non capitale hujusmodi. Quidam vagabundus, Insulis Flandrorum ortus, (*Carolo Castello* erat nomen) comarum effictor, ut ferebat, variorum criminum reus, Harlingæ aliquamdiu commoratus, sub mediam noctem hospitio egressus erat; qua nocte effractis in quadam domo fenestris, ingens copia argenti facti ablata erat furto. Ille cum cista & involucro turgido ingressus erat navem matutinam, integra hora ante ordinarium tempus solvendi in ea latens, præter consuetudinem suam, qua, si ante tempus accederet, id in divertorio terere solebat. Nunc sedebat ore obvoluto tacitus, æque præter morem, apud cistam & involucrum suum: inter navigandum, anxius & sæpe rogitans, quam mox Leovardiæ essent, ut nautis etiam gravis esset: si quis involucrum attingeret, ægre ferebat, & sollicite vetabat. Leovardia profectus Workumium, ibi deprehensus est, cum omni argento illa nocte surrepto; quod erat in cista, cum prius scilicet in involucro fuisset. Rogatus, unde nactus esset argentum, respondebat, a quodam Gallo, qui aliquot diebus Leovardiæ apud Cigoniam diverterat, sibi esse datum. Gallus eo tempore in illo diversorio nullus fuerat. Quid de rebus involucro antea contentis factum esset, quid noctu Harlingæ fecisset extra hospitium suum, nihil probabile expediebat; uxor ejus ægra in carcere dixerat, maritum suum esse furem, & quod pejus. Etsi nonnulli tormentis hominem subjiciendum putarent, eo quod factum effractionis & furti ipsum non erat demonstratum, Curia tamen commissum facinus ab illo non dubitavit; de aliis vero criminibus, quorum haud plene convictus erat, censuit eum per tormenta examinandum. Quæ cum facile pertulisset, ob furtum illud severe, non capitaliter tamen, est condemnatus. *d.* 15. *Novemb.* 1680. Hæc ad locum probationis rectius, quam cum aliis *ad titulum de Pœnis* referri posse videbantur.

5. (d) Hactenus FIDES; sequitur in definitione *facta Judici*. Sic enim res habet; qui intentionem suam in aliquo facto fundat, *hoc judici adprobare debet. l.* 12. *in fin. de Probat. l.* 2. *C. de Edend.* Nec potest aliter, cum hic secundum acta & probata sententiam ferre debeat, *l.* 6. §. 1. *de Off. Præs.* prout religio suggerit, *l.* 79. §. 1. *de Judic.* qui textus optime conveniunt. Verum si quando accidat, ut secus ex actis & probatis liqueat, quam judici constet, quomodo tum religio conscientiæ cum actis atque probatis concilietur, ad *tit. Inst. de Off. Jud.* tractatum est *n.* 3. *Part. I. pag.* 462. Quomodo autem in iis examinandis judex versari debeat, aliter quam ex *d. l.* 3.

(d) *Pos.* 8. 14. & 15.

§. 2.

§. 2. *de Testibus* indicatum est, præscribi vix potest: nisi addere velis, in dubio faciendam conclusionem pro favorabilibus personis, aut ad liberandum potius quam ad condemnandum, adeoque pro reis. *l.* 125. *de R. J.* Si quæ dissidentes sint probationes in speciem, non revera, has conciliare debere eodem prudentiæ & æquitatis temperamento, quam est in *d. l.* 3. §. 2. *cap. cum tu.* 16. *c. in nostra.* 32. *de Testib.*

6. (e) Denique ex eo, quod Probatio est Fides *Judici facta*, colligenda videtur ratio, quamobrem confessio & jusjurandum non sint species probationis, ut recte D. Wissenbach., qui non recte famam & presumptionem cum illis conjungit *th.* 4. *ad h. tit.* Nam hæ duæ nec usu terminorum, nec effectis, cum probatione conveniunt; præsumptio in *hac ipsa Rubrica* probationi opponitur; fama *tam ficti pravique tenax* Maroni, *quam nuncia veri*, nulli viro prudenti loco probationis habetur. Nam quod de *communi fama* habetur in *d. l.* 3. §. 2. id de facto notorio recte intelligetur. Quintilianum citat ut dissentientem D Wissenbach. *d. th.* 4. *in fine*, quasi famam ille probationis speciem faceret *lib.* 5. *Inst. orat. c.* 3. Atqui is *ibi famam docet* bifariam considerari, vel *pro consensu civitatis & velut publico testimonio*; vel *pro sermone sine certo auctore disperse, cui fere malignitas initium dat, incrementum credulitas.* Nec aliter *Menochius* & *Freherus*, quos æque sibi opponit, ut dissentientes ab eo quod ponit, famam non esse probationis speciem, sentiunt, aut sentire possunt. Tu dices, an igitur fama communis, illud publicum testimonium rei notoriæ, non est species probationis? Non est proprie, quia probatio est fides facta judici per litigantes; atqui de talibus nihilo magis partes quam ipse judex laborant: quod jam constat, non opus est, ut probatione quæratur & judici persuadeatur. Eadem ratione dicimus, confessionem & jusjurandum non esse probationis species: etsi vim probationis habeant; ut de confessione titulus *de Confessis* docet, & de jurejurando *ad tit. de Jurejur.* vidimus. *Perinde haberi quod juratum est, atque si probatum esset*, ait Lex 11. §. *ult. de Jurejur.* Quid vetat, dices, hanc esse probationis speciem? Præter id quod diximus, hoc obstat; probatio est fides *judici* facta, requirit argumenta *ad hominem*, ut loquimur: cujusmodi non est confessio & jusjurandum, quoniam penitus a secreto animi confitentium & jurantium pendent. Rationes, quæ conscientiam unius tenent certitudine secreta, non sunt *ad hominem*, non valent aliis persuadendis. Sequitur in definitione;

7. (f) *De Veritate facti dubii.* Facta materiam probationis, non jura, constituere, per se notum est, Jura enim finita & certa sunt, *l.* 2. *de Jur. & fact. ignor.* eaque judici cognita esse oportet; cum aliter officium suum exercere nequeat. *pr. Inst. de Off. Jud.* Jus igitur allegatur, non probatur, etsi populariter etiam probandi verbum ad disputationes juris & commutationes argumentorum referatur. Quanquam & circa leges, an earum usus alicui prohibitus, an illis renunciaverit, facti quæstiones, ac ita probationes, locum habere posse, non est dubitandum. *l.* 5. *in pr. h.* Facta quoque sint oportet *dubia*, non manifesta sive *notoria*, quæ publico testimonio omnibus constant, ut *modo* Quintilianus, & in *Cap. super eo.* 3. *in pr. de Testib. cog.* Differunt autem a notoriis confessio & res judicata; licet alii notorium in his duabus speciebus juxta evidentiam rei constituant, quibusdam addentibus instrumentum publicum. Gail. 1. *obs.* 16. *n.* 7. ut & famam, Sichard. *in l.* 24. *C. de P gn. & hyp. n.* 15. de fama an recte, ex supradictis sciri potest. De confessione, de sententia & instrumentis non videtur, cum de illis varie dubitari posse manifestum sit, quod de transactione perinde res loquitur. In rebus magni momenti & capitalibus, si quis ob factum notorium sit puniendus, sæpe tamen probationes ipsis illis notoriis adhibentur, ut omnis absit injustitiæ species: ubi liceat applicare, quod Angli in processu adversus Carolum I. Regem suum, etsi illum in armis fuisse contra Senatum regni sui, notorium esset, tamen agmen testium ingens produxerint ad hoc probandum, ut videre est apud Leonem Aitsema ad *annum* 1649. utcunque tanquam ex contumacia procederent. Verum illa quæstio, non facti, sed juris erat, an ista Curia potestatem haberet contra suum Regem judicialiter procedendi: quod cum Rex summo jure negaret, probationes facti in irritum cedere oportebat.

8. (g) *Secundum Actoris, aut aliquando rei intentionem.* Hæc enim est qualitas probationis necessaria, ut sit conformis intentioni & con-

(e) *Pos.* 6. (f) *Pos.* 7. (g) *Pos.* 9. & 10.

conclusioni libelli a parte actoris, aut defensioni rei adfirmativæ. Nam persona quæ probat, est is, qui affirmat, non qui negat, *l.* 2. & *l.* 21. *h. l.* 23. *C. h. t.* sive actor sit sive reus. *l.* 19. *in pr. h. Neganti* per rerum naturam probatio imponi non potest, utique si negatio sit in thesi, *d. l.* 23. secus si locorum, personarum, temporumve circumstantiis definita sit quæstio; tunc enim qui negat, docere potest, se tum temporis alibi fuisse. §. 12. *Inst. de Inut. stipul. Part. I. pag.* 307. Et quoniam actor plerumque petit & affirmat, hinc regulariter dicimus, actori incumbere probationem, *l.* 23. *D. & C. h. t.* non reo. *l.* 8. *C. eod. l.* 7. *C. de Test.* Attamen reus in exceptionibus, quas profert, actoris instar est. *l.* 1. *de Except.* Quis autem sit affirmans, vel negans, non tam ex verborum figura, quam eorum sententia, reique natura colligitur, ut exemplis patet ex *l.* 5. §. 1. *l.* 8. & *l.* 15. *h.* Mornac. *ad l.* 18. *C. h. t.* Si quis neget, emancipationem, testamentum, contractum, recte celebratum esse, tenetur ad probandum, quia vitium demonstrare debet. *l.* 4. *h.* Si filius se neget esse in potestate patris, hic revera adfirmat se esse emancipatum, quod probare potest, ac debet. *l.* 8. Qui negat aliquem esse fratris sui filium, qui pro tali habetur, id probare debet, *l.* 15. juncta *l.* 14. cujusmodi speciem in Suprema Curia probatam vidimus, anno 1682. memorabilem, de qua locus erit *ad tit. de Agnosc. lib.*

(h) Plane igitur, quicunque se fundat in qualitate aliqua, intentionis suæ fundamentum probare debet, nisi sit in possessione juris in quo se fundat. *l.* 14. & 15. *h. t.* Possessor enim non tenetur ad probandum, sed tuetur se commodo possessionis, quod, an *uno*, & quo *casu* aliter se habeat, quæsitum est ad *tit. Inst. de Action. Part. I. pag.* 393. Denique, si contra eum militet præsumptio, statim fit, ut ei probatio injungatur, *l.* 2. 8. 9. & 25. *h.* ut inferius inducetur. Qui etiam ex officio vel administratione convenitur, eum teneri ad probandum, quod bene, non adversarium quod male gesserit, tradit A. Matth. *disp.* 8. *th.* 58. quod nec legibus, nec ratione se probat; cum, qui peccatum arguit, id probare debeat, nec, qui peccatum negat, per rerum naturam ad probandum adstringi possit. *l.* 23. *C. h. t.* Ex eo autem quod tutor & magistratus probare debent, contutores & fidejussores solvendo fuisse, nullo modo regulam generalem formatam oportuit, ex *l.* 3. *C. de Probat. l.* 1. *C. de divid. Tut. l.* 1. §. 13. *de Magistrat. conven.* ut visum D. Matthæo *ibidem*. Vide Wissenbachium *th.* 11. *h.*

9. Cæterum, ut ordine probatio fiat, interlocutione judicis eam injungentis opus est, * quando vel cognita causa, videt partes in facto discrepare, neque meri juris esse quæstionem, vel etiam a partibus ipsis rogatur, ut interlocutione sua viam probationibus aperiat. Quod tamen utrique parti, etiam petenti, si judex necesse non arbitretur, recusare potest, ut exemplo rei judicatæ probavimus in *Parte II. pag.* 206. *n.* 25. Regulariter tamen, etsi judici nondum liqueat, petentibus apud acta conceditur, imo & actori soli, quia non creditur, interlocutionem quæ ipsum remoratur, causa ita non postulante, fuisse petiturus: si tamen deinde pateat, eum judici imposuisse, mulctabitur, ut de usu fori Frisici testatur Bouricius de *officio Advoc. cap.* 18. quod tamen usu carere temporis hodierni, probavimus *in Part.* 2. *Jurispr. hod. c.* 23. *n.* 3. Causam integram probationi delegandam, neque partim definitive, partim interlocutione scindendam esse, res ipsa loquitur, & tamen id aliter evenire posse, ubi diversæ sunt instantiæ, quin imo in eadem instantia diversis personis, historia rei judicatæ probavimus in *Parte II. d. pag.* 206. *n.* 25. Præter quod exemplum, simile memini & reperi judicatum, *inter Mariam du Gardiin & M. W.* 19. *Mart.* 1680. Quando interlocutio fit simpliciter, tum probatio

(h) *Pos.* 11.

* Idem nostro inprimis jure requiritur; ubi terminus probatorius regulariter currit, † ex quo sententia, qua actori injuncta est probatio, in rem judicatam transiit. *O. P. S. tit.* 20. *pr.*

† Cum olim Ordinatione Processuali cautum fuerit, quando in sententia exceptionum dilatoriarum ratio simul habita fuit, ut terminus probatorius initium caperet a conditione purificata, hoc est, postquam exceptionibus satisfactum, & JCti hanc constitutionem ad omnes alios casus, quotiens reo vel etiam actori alicujus rei præstatio fuit injuncta, extenderint, nunc hoc immutatum est, ut, si legitima in ad causam, vel in negatori. dominii probatio injuncta, vetera jura observentur, in reliquis termini probatorii initium simpliciter a momento, quo sententia rei judicatæ vires nacta est, computetur, illi, qui in præstationibus injunctis negligens est, peculiari mulcta *Tit.* 11. §. constituta. *O. P. d. Tit. l.* & *S. Tit.* 20. §. 1. Contra sententiam probationem injungentem, nec leuteratio, nec facile appellatio a Judice ad quem admittenda, rejecta potius appellatione pruritus ille quinque & amplius uncialium pœna castigandus. *d. Tit.* §. 2.

batio intra tempus dilationum cujuſque fori Legibus præſcriptum, fieri ſolet, ideoque tunc apud nos judex his verbis utitur, *infatis*, *in forma*.

10. (i) De tempore faciendæ probationis, nihil libris Juſtiniani proditum eſſe, * tradit D. Matthæus *d. Diſp. 9. th.* 49. nullum ſcilicet ſtatum & ordinarium tempus. Sed hoc reperimus; ſi alter ſatis pro intentione ſua probaverit, is poteſt renuntiare, & alterum urgere, ut etiam renunciet. Hic vero tres *dilationes* menſtruas petere poteſt, quibus finitis ſententia fertur. *Auth. jubemus. C. de judic.* Quæ tres menſtruæ dilationes, niſi fallor, ſunt eædem cum tribus menſibus dilationum, qui referuntur in *l.* 1. *C. de Dilation.* ex qua diſcimus, ſi probationes petendæ ſint e diverſis provinciis, ſex menſes peti poſſe, & ſi trans mare ſint conquirendæ, ad novem menſes poſſe concedi. Moribus, hæc res varie habetur. Apud nos ordinaria dilatio eſt trium ſeptimanarum: poſt quam nova dilatio ſumitur a partibus, paris ſpatii temporis; qua finita, alter, qui magis properat, adverſarium urget ad renunciandum, cunctantem accuſat, petitque judicis diſpoſitionem ad cauſæ concluſionem; Qui non aliter eam concedit, quam præſcripta reo tertia dilatione, trium aut quatuor ſeptimanarum: eaque elapſa, cauſa habetur pro concluſa. Ita apud Curiam. In dicaſteriis inferioribus, competunt tres dilationes binarum ſeptimanarum, quibus elapſis, renunciatum intelligitur, niſi judex ampliores dilationes, cauſa cognita, concedat. 3. *Stat. Friſ.* 2. *Art.* 46. Sed in foro ſupremo, quia compertum fuit, advocatos mutua indulgentia terminos dilationum legibus datos ingenti partium præjudicio immodice protelare, Curia noſtra tempus certum in plerisque cauſis utrique præfigere ſolet, ſex ſeptimanarum, vel ut plerumque; duorum menſium *pro omni dilatione*. Cujuſmodi ſpatium ipſi quoque litigantes apud acta ſæpe conſtituunt, & juxta conventionem ſuam a judice præſcribi petunt. Sufficit autem, ante lapſum ejus temporis officium judicis ad probationes inſinuandas eſſe requiſitum, quia ſequens mora litigantibus imputari non poteſt. Petitam oportet, inquam, commiſſionem alicujus e judicibus, apud quem probationes fiant, atque citationem adverſarii teſtiumque, cis tempus peremptorium a Curia præſcriptum.

11. Ad complexionem probationis juſtam efficiendam, moris & juris eſt, ut partes hinc inde concipiant articulos, ** ſive poſitiones, quibus totam facti hiſtoriam omneſque circumſtantias, quibus merita juris applicentur, breviter & perſpicue comprehendant; in quibus attente judicioque defœcato utendum: ne quid utile negligatur, neque ſuperflua cumulentur, ſed ad negotii cardinem cuncta vertantur; omnia vero facti ſint, non juris, nec modo

(i) *Poſ* 12. & 13.

* Jure Saxon. Electorali, in cauſis ordinariis terminus probatorius & reprobatorius † continet ſpatium ſex ſeptimanarum & 3. dierum, ac currit naturaliter & continuo. *d. pr. O. P. S. Tit.* 20. Exceptio tamen ſpolii intra 15. dies etiam apud nos, probari debet. *O. P. S. Tit.* 21. §. *Desgleichen.* Carpz. *P.* 1. *C.* 6. *def.* 1. 2. Menck. *Diſp. Proc. VII. ad Tit. XI. O. P. S.* § 22 ac probationi juris coquendi & vendendi cerevisiam, ſpatium duorum menſium largitur *die Lands-Ordn. d. An.* 1555. *tit. Brauen, ſchenken.* §. *weil ſich aber* In Proceſſu autem diffamatorio, diffamanti ordinarium terminum ſufficere, ex Mand. Appellat. d. *An.* 1670 §. *anlangende.* verb. *auch wenn* perpetuum ſilentium imponi *res wird.* monet Dn. Berger. *Elect. Proc. Prov. th.* 33. licet Carpz. *Proc. tit.* 10. *art.* 3. *n.* 42. & Surmlend. *ad Fibig. Proc. p.* 665. ei duplicatum terminum Saxon. indulgeant, *vid.* Mencken. *Diſp. Proc. Proœm. II. th.* 23. In proceſſu ſummario demonſtratio, *die Beſcheinigung*, ad fatale termini Saxonici non adſtringitur, ſecund. Carpz. *Proc. tit.* 13. *art.* 1. *n.* 197. *ſq.* & *P.* 1. *C. El.* 16. *def.* 16. unde ſalutare eſt, certum temporis ſpatium, intra quod ea fieri debeat, ſententia exprimi. De prorogationibus, ac dilationibus probatoriis, actum fuit ſupra *P. II. p.* 105.

† Qui jure noviſſimo, non a citatione ad publicationem probationum, aut ſuper hac diſputationem inſtituendam, ut olim, ſed ab inſinuatione articulorum probatoriorum currere incipit, quæ inſinuatio quando facta ſit, accurate & ſub 5. thalerorum mulcta ad acta conſignandum eſt. *O. P. S. R. I. & R. Tit.* 11. §. 1.

** In Saxonia Electorali, currente adhuc termino probatorio, articuli una cum nominibus teſtium, eorumque directorio, copiæ quoque inſtrumentorum, una cum eorum ad articulos inductione, exhiberi debent. *O. P. S. Tit.* 20. §. *und. dieweil.* Carpz. *P.* 1. *C. El.* 16. *def.* 1. *ſq.* ſolicitatio etiam, pro impetrando termino productionis teſtium, ſub pœna deſertionis, non omittenda eſt †† *d. Tit. pr.*

†† Judicis nunc officio continetur, ut ſtatim aut ſaltim intra trium hebdomadum ſpatium, ſub 5. uncialium pœna, terminum ad teſtium productionem, & pro re nata ad documentorum recognitionem, aut ad articulos, ſuper quibus juramentum delatum eſt, reſponſionem præſtituat, citationes fieri curet, & quod ad productum attinet, conceſſo integro ſpatio Saxonico, ad recognitionem ſub pœna recogniti, ad reſponſionem ſub pœna confeſſi & convicti. Quod ſi productus contumaciter abſit, aut adſit, citationi autem non pareat, quod ad articulos attinet, ad quos reſpondere debebat, licet producens, qui adſit, neceſſe eſt, eos una cum juramenti delatione non repetat, modo ſint pertinentes & relevantes, pro confeſſo & convicto, documenta pro recognitis habenda, & ad teſtium examina ſine mora pergendum. *O. P. S. R. I. & R. Tit.* 10. §. 1.

modo rem ipsam, sed etiam circumstantias rem ipsam coarguentes contineant: unde a libello, per quem fit contestatio, licet articulato, distinctas esse positiones probatorias, omnino expedit, aliter ac Gailius, si recte eum intelligo, * apud Cameram servari testatur. 1. *Obs.* 79. *a pr.* Id autem nihil opus est, ut aliæ sint positiones, ad quas adversarius, aliæ, secundum quas testes examinentur, etsi hanc differentiam inter positiones & articulos a pragmaticis tradi referat *Idem*, ut positiones sint interrogationes adversarii; articuli pro testibus concipiantur. In nostro foro discrimen hoc verborum, alio sensu diu servatum est, ut tamen positiones atque articuli in eadem scriptura continerentur, σχέσις tantum & relatio variaret; quemadmodum colligi potest ex inscriptione, quæ talis erat: *Positiones, sive, in casu negationis, articuli.* Item in contextu, *actor ponit; & in casu negationis articulatur.* Ergo positiones, si reus confiteatur, eædem cum *articulis* sunt; ubi vero negatæ fuerint, pro *articulis* habentur. At quemadmodum arbitrarium fuit hoc discrimen, ita non est mirum, hodie minus observari. Sed de positionibus respectu adversarii, satis actum est ad *Tit. de Interrogat. in jur. faciend.* & quatenus iidem articuli a reo negati proponuntur, expectat nos rubrica *de Testibus*.

12. Finitis dilationibus publicatisque testimoniis, nulla amplius admittitur probatio, nisi alter juraverit, se testimonia nondum explorasse, quo casu adhuc ad producendos testes admitti potest, *Auth. At. qui. C. h. t.* scilicet intra terminum dilationis legalis, aut a judice præscriptæ. Nam post eum non datur facultas novæ probationis, nisi per remedium restitutionis in integrum, causa cognita. *Auth. Jubemus. C. de Judic.* & *l. 1. C. de Dilation.* (k) Verum enim vero tunc ad reprobationes faciendas nova currit dilatio; post publicatas, inquam, probationes, ad refellenda, quæ adversarius protulit; tam si quid personis testium objicere possit, quo fides iis derogetur, quam si dicta illorum refellere queat. Gail. 1. *observ.* 105. *n.* 8. In Jure quidem nostro novam hac gratia dilationem post publicatas probationes dari, non legimus, ratio tamen juris omnino dictat, *integram cuilibet servandam allegationem, quod testes fuerint corrupti, nec adimendam esse licentiam ex ipsis depositionibus testimonium eorum arguere. l. 17. C. de Testib.* Sunt ibi duo reprobationis argumenta, *vitium* personæ productæ, & *redargutio* ab illis dictorum, quibus tota res, sicut in foro exercetur, plane comprehenditur. Quod si pendente lite fatagendum sit, novam dilationem esse necessariam, res indicat, eaque in omnibus, ut puto, foris indulgetur. Sed apud nos receptum est, ut producenti, objectas sibi reprobationes iterum refellere liceat, eaque gratia si novas probationes actor producere velit, novæ positiones sive articuli concipiuntur, & nova dilatio currit, post quam ulterius hac parte non proceditur, ut usus vult, & Sandius tradit. *L. 1. tit.* 10. *def.* 5. Quod si testibus opus non sit, ratiocinationibus in eundem finem uti licet, quæ *Salvationes* vocantur, eo quod producens vim probationum suarum illis, contra objectiones adversarii *salvare* satagat: ad has nihil opus dilatione peculiari. Sed nec omnino propter contrarias probationes dilatio vel nova productio conceditur in omnibus foris, non utique in Saxonicis, ut Thomasius scribit.

SCHOLIUM.

Conceduntur equidem & moribus nostris reo reprobationes, sed contra reprobationes non sunt in usu, nisi dicere velis, interrogatoria eorum vi-

(k) *Pos.* 5.

* Obscurior omnino est Gailius *alleg. loco*, quam ut a JCto extero facile intelligi possit; sed illustrior quoque est illa Curia in nostro Imperio summa, quam ut temere ejus stylus inconcinnitatis argui debeat. Positiones olim passim fuerunt in usu, conceptæ ab actore sive ponente, ut per confessionem partis adversæ, vel, ut loqui amabant, ponati, ponens ab onere probandi levaretur. Ab his distant Articuli, sive ut noster ait, positiones probatoriæ, eo spectantes, ut negata testibus vel instrumentis probentur. Hæc nomina in camera olim promiscue usurpata sunt, maxime postquam ea Constitutione Spirensi de A. 1570. libellus articulatus exhibendus fuit, & super illo lite contestata, libelli illius articuli loco positionalium & articulorum extendi fuerunt, ut præstito juramento dandorum ab actore, ad ea a reo mediante ejus juramento respondendorum responderetur. Ubi a reo illæ positiones aut articuli negabantur, probatio ab actore suscipienda fuit, qui novos articulos seu positiones probatorias concipiebat, vel illis ipsis libelli articulis utebatur, probatoriis super iis, aut per testes aut per instrumenta peragenda causa. Hodie postquam reus narrata libelli summarii, (articulato penitus in *Rec. Imp. de A.* 1654 abrogato) vel actor exceptiones rei negavit, negata actor ex libello, reus ex exceptionibus in articulos probatoriales, qui soli in Camera hodie in usu, redigit, testes examinari petit, aut instrumenta producit, conf. Blumius *Proc. Cam. Tit.* 73. & Ill. Mencken. *ad O. P. &. Tit.* 22. §. 17. *seqq.* de positionibus autem illis ab actore sub juramento dandorum, reo sub juramento respondendorum, ublatis ad affirmandum negandumve, videsis Stryck. *Introd. ad Prax. c.* 17. §. 12. *&* in *Supplem. ad h. t.* Saxones & Positiones illas, infinitarum disputationum materiam & libellum articulatum ignorarunt semper, luculentiori remedio speciali litis contestatione usi.

vicem sustinere; *de quibus*, *uti & de reprobatione*, *vide latius* Ordin. Proc. Saxon.

Beckmannus, Saxo & ipse, *ad hunc tit. obs. pract.9.n.66.* scribit, *De Jure communi actor* contra *reprobationes rei aliis reprobatoriis uti*, *& novos articulos offerre potest*, *sed non regulariter de jure nostro* Saxonico; sic Respond. Scabb. Lipsienses mense *Junio* 16. . . . Quod attinet ad interrogatoria, de quibus Thomasius, longe alium in his usum obtinere, videbimus *ad tit. de Testibus*. Sed in hac reprobationum & contra-reprobationum vicibus, sæpe luditur a partibus; quando terminus probationis est elapsus, litigantes frequenter id agunt, ut sub prætexu reprobationum, veras & primævas moliantur probationes: quas eum in modum plerumque circumducunt, ut difficulter a probatoriis discernantur, aut inter reprobatoria, quæ vere sunt talia, probatorios articulos inserunt: quod adversarius quidem pati non cogitur; sed tamen quia probandi facultas est favorabilis, raro ob hanc causam a judice productionem negatam vidimus. Sæpe etiam de initio dilationis reprobatoriæ dubitatum est: & quidem post renunciationem probationum, currit haud dubie dilatio reprobandi: sed quando peremptorium tempus a judice pro omni dilatione partibus præscribitur, nulla fieri solet renunciatio; & productiones primæ, quando citatio saltem intra terminum facta est, sæpe multum, antequam sint absolutæ, illud tempus peremptorium excedunt. Ideo incipit dilatio reprobationis, a dicictis probationibus, & ex quo aliquis copiam testificationum adversarii acceperit. At hoc plerumque incertum habetur, quia nullum tempus recipiendi aperturam illam sive *copiam* definitum est, utique ut in nostro foro res habet, Ideo qui vult concludere, & præcidere adversario prætextum reprobandi, si ille cunctetur, petere debet a judice, ut is alteri terminum præfigat, intra quem petat copiam depositionum, aut reprobatione privetur. Absque eo non potest adversarium cogere ad ultimam conclusionem, etsi partes etiam de certo tempore faciendi productiones conveniant, quia reprobandi facultas semper salva & recepta intelligitur, ac ita sæpe judicatum, nominatim inter *hæredes Rameri Antonii*, *& Johannem Balck cum sociis*. *Anno* 1680.

13. Postremo de probationibus † quæritur, an quæ uno in judicio prolatæ sunt, in alio fidem faciant, an vero de novo sint producendæ & disceptandæ, Non facere fidem in alio judicio, nisi inter easdem personas, respondet A. Matthæ. *disp.9. de Judic. th.*57. sed textus, quos citat, ita non habent. Potius ita ex *l.ult. C. de Test.* (hæc sola rem tangit) non cogi aliquem pati, ut adversarius probationibus in alio productis judicio, contra sese in alio rursus utatur; nisi testes sint mortui; cæteroqui denuo examinandos esse, nisi aliter convenerit, *d. l. ult. in pr.* Idque servatur in nostro foro, ut conventione partium opus sit, quo producta in uno judicio fidem in alio faciant; etiam inter easdem personas. Vid. Mascard. *vol.* 1. *de Probat. Conclus.* 33. & 34.

DE PRÆSUMPTIONIBUS.

XIV. Quid sit præsumptio, & discrimen a Positionibus Juris. XV. Præsumptio levior. XVI. Fortior, & effectus ejus. XVII. Distributio præsumptionum. XVIII. Positiones Juris ex eo, quod plerumque fit, desumptæ, conditionaliter. XIX. Præsumptiones de hominis vita, in quæstione de hæreditate. XX. Aliæ positiones absolutæ, contra quas non admittitur probatio. XXI. Fictiones Juris quales. XXII. Non esse fictiones rerum impossibilium in jure proditas.

14.(l) SIc fuit prima rubricæ pars de probationibus. Altera de *præsumptionibus*, absolvetur definitione, divisione, & effectu, breviter. Definiatur hoc modo, quod sit *Anticipatio judicii*, *de rebus incertis*, *ex eo*, *quod plerumque fit*, *percepta*. Materia præsumptionum, sunt res incertæ, quarum quia plena probatio non potest haberi, recurritur ad ejus, quod est verisimile, anticipationem, ut in eo, dum plenioris lux probationis affulgeat, subsistamus; etenim *anticipare* est idem penitus quod *præsumere*, sive aliquid in antecessum

(l) *Pos.* 16.

† Et hoc notandum, esse probationis speciem per ocularem inspectionem & calculum instituendum, de qua videsis O. P. S. E. l. & E. Tit. 10.

cessum quasi probatum sumere, capere; propterea, quod plerumque res ejusmodi ita evenire soleant, habita ratione prudenti circumstantiarum, rerum, hominumque similium. Cujusmodi collectionibus exercita mens, ad ejusmodi facultatem conjiciendi res futuras pervenire potest, ut haud facile quidquam in rebus etiam obscurissimis eam fallat, ut de se prædicat Cicero 6. *Epist. ad Famil.* 6. quemadmodum & Plutarchus ei tantam præsumendi vim adscribit, ut toto, antequam evenirent, decennio, res futuras prædicere potuerit. Videantur quæ hac de re diximus in *Part. II. pag.* 362. At hæc quorundam sagacitas, quæ tamen nunquam, quidquid Ciceroni, Catoni, aliisque adscribatur, infallibilis est, non facit, ut præsumptio non sit de rebus incertis inductio *probabilis*, etsi quandoque a legibus accipiat vim positionum, quæ solent vocari præsumptiones *juris*, item *Juris & de Jure*; ut tamen etiam dentur positiones juris, de rebus quæ fieri possent, etsi constet eas aliter se habere, quæ sunt fictiones. Nos de positionibus illis post præsumptiones agemus.

15. (m) Definitio præsumptionis loquitur de anticipatione, quam faciunt homines, id est, in hac materia, judices; atque hæc præsumptio recte dividitur in leviorem, & fortiorem. Levior movet suspicionem, & judicem quodammodo inclinat; sed per se nullum habet juris effectum, nec onere probandi levat, ut est exemplum in *l. pen. h. t.* Ancilla ait, se liberam esse, præsumi illud ex fideicommisso, & alimentis sibi tanquam nutrici a testatore relictis, sed nihil hoc solo proficit. Aliud; sum ingenuus, quia frater meus est ingenuus. *l.* 17. *C. h. t.* Imo, quia pater meus fuit talis, ne id quidem prodest, *l.* 10. *C. eod.* quia ingenuitas a matris libertate pendet. *pr. I. de Ingen.* Huc etiam pertinet fama sive rumor, & fuga, item fluxus sanguinis e cadavere ad alicujus præsentiam, respectu cædis. Id enim ut aliquando dederit occasionem homicidæ detegendi, ita sæpe aliis causis, licet occultis evenisse legitur. Exemplum, Anno 1629. cum Rex Bohemiæ Fridericus in lacu Harlemensi nave subversa ægre servatus esset, & juxta filium ejus primogenitum periisset aulicus quidam penes se habens uxoris nuper defunctæ imaginem, atque hæc ab ejus sinu post dies complures amoveretur, accidit, ut sanguis e naribus putridi cadaveris satis copiose efflueret, referente Leone Aitsema ad *annum prædictum*, quemadmodum idem ad præsentiam consanguineorum sæpe factum accepimus. Ejusmodi igitur conjecturæ tot sunt, quot singularia rerumque circumstantiæ, id est infinitæ; quin & unius testimonium huc referendum esse, constat ex iis, quæ *superius* ducta sunt ex *l.* 9. §. 1. *C. de Testib.*

16. Fortior præsumptio vocatur, quæ determinat judicem, ut credat, rem certo modo se habere, non tamen quin sentiat, eam rem aliter se habere posse. Ideoque ejus hic est effectus, quod transferat onus probandi in adversarium, quo non probante, pro veritate habetur. Exemplum. Repeto a te pecuniam ut indebite solutam. Tu negas te accepisse pecuniam. Convictus es; at jam fuisse indebitam contendis. Præsumitur esse debita, propter negationem tuam præcedentem. Ideoque si non probes indebitum, condemnabere. Contra, fateris accepisse ab initio pecuniam, at ais, debitam fuisse; præsumitur ita, & absolveris, si alter non probet contrarium. *l.* 25. *h. t.* Aliud. Quingenti testamento mihi legati sunt, totidem codicillis ab eodem testatore; peto mille. Tu dicis, repetitionem esse, non duplicationem legati, & offers quingentos. Præsumptio est pro duplicatione, quia diversæ sunt scripturæ; sed in eodem instrumento magis præsumeretur repetitio, *l.* 12. *h. t.* quemadmodum & in re corporali bis, etsi diversis scripturis, legata. *l.* 34. §. 3. *de Legat.* 1. Qui occidit gladio, censetur habuisse animum occidendi; qui clave, vel cucuma in rixa, non videtur eo animo usus. *l.* 1. §. 3. *ff. ad L. Cornel. de Sicar.* Huc pertinet celebre judicium Salomonis, acute præsumentis, matrem infantis esse potius, quæ nollet eum in partes scindi, quam quæ annueret. Item Galbæ *apud Suetonium*, bovem ejus esse, ad cujus agrum capite obvoluto ab aquatione se reciperet. Hæc & similia in civilibus aliquando rei judicandæ causam præbere possunt, quotiens exitu opus est, nec alius exitus invenitur; non æque suffecerint ad certam possessionem ab aliquo alienandam. Multo minus in criminalibus, omniumque minime in capitalibus; Nisi plures undique circumstantiæ exploratæ, ex quibus singulis nihil quam præsumptio colligi possit, ita confertim undique premant, atque in arctum redigant factum, etsi non probatum, ut pro indubitato habendum sit; qua

(m) *Pos.* 17. 18. 19. & 21.

qua de re *superius*. Exemplum aliud si quis desideret, censeo, legat historiam jugulati Comitis *Essexii* in carcere Londinensi 13.*Julii* 1683. ubi præsumptiones ingenti numero cumulatæ factum, quod non probatur, dubium tamen esse non patiuntur; utique si facta, e quibus colliguntur præsumptiones, ita ut narrantur, evenerint, qua de re penitus inquirenda nunc agi intelligimus. Sic igitur & præsumptiones sufficere possunt ad sententiam, non per se, verum per consequentiam, si alter probatione deficiatur.

17. (n) Denique, versantur hæ præsumptiones hominis potissimum, circa res, circa personas, earumque actiones, vel cogitationes. Menoch. *de Præsumpt. l.* 1. *q.* 11. *n.* 9 *q.* 12. *n.* 6. Circa personam ea, quæ naturaliter homini insunt, ut sensus communis, potentia generandi &c. Circa res, quemadmodum se naturali qualitate, & insita vi habere solent. Prout est vel major, vel minor præsumptio veritatis, ita per majorem vel minorem, eliditur & tollitur. Exemplum *in l.* 6. *de his, qui sui vel al. jur. L.* 24. *hic*, *l.* 73. §. 3. *de Legat.* 3. Specialis præsumptio est fortior generali; naturalis accidentali; quæ actum valere, & pro reo facit, melior est quam quæ secus &c. Menoch. *de arbit. jud. P.* 2. *Cas.* 472. *n.* 1. & 19.

18. Diximus, aliquas dari positiones juris a præsumptionibus, quæ sunt ratiocinationes hominum probabiles, distinctas, & tamen ex collectione eorum, quæ ut plurimum in similibus similiter eveniunt, desumptas. Sunt autem hæ regulæ vel conditionales, vel absolutæ. Priores, quæ ponuntur habenturque certæ, quamdiu contrarium non probatur. Absolutæ, contra quas nulla probatio admittitur. Exempla priorum sint hæc; pater est is, quem nuptiæ demonstrant, *l.* 5. *de In Jus voc.* quæ regula nititur præsumptione juris gentium, ut tamen, si contrarium probetur, cesset. *l.* 6. *de His, qui sui vel al. jur.* Pactum simpliciter initum, in rem potius, quam in personam censetur, ideoque hæredibus in dubio prodest, *l.* 9. *h. tit.* de quali specie *pacti de non petendo*, cum hæres reale, creditor personale esse contenderet, consultus respondi die 5. *Maii* 1688. Qui reddidit debitori suo chirographum, censetur remisisse debitum. *l.* 2. *de Pact.* Quod in instrumento narratur, pro vero & solenni habetur. §. 12. & 17. *de inutil. stipul.* Huc etiam spectant regulæ a Doctoribus traditæ: quales hæ sunt. Mutatio non præsumitur: unde filius, patre vivo, in potestate esse creditur. *l.* 8. *h.* Quisque judicatur bonus, quamdiu non probatur malus, & id genus alia, si pari consequentia se commendent. Multa enim ad hanc classem ab Alciato, Menochio, aliisque referuntur, haud æque per omnia probabiliter, de quibus vide D. Matth. *disp.* 9. *de Jud. th.* 74. & *seqq.* Hæ sunt quæ vulgo *Præsumptiones Juris* appellantur, imo quælibet exempla fortiorum, quas diximus præsumptionum, quatenus legibus prodita sunt, ad hanc classem non male referuntur, si hac distinctione placeat uti.

19. Estne aliqua præsumptio vel positio Juris, quamdiu homo victurus, aut in dubio vixisse credatur? Missis quæ Doctores hac de re Scriptoresque alii, quos vide apud Wissenbachium *th.* 16. *h. t.* dicimus, hac de re nihil certi esse proditum, nisi quod minimum tempus, quod in dubio præsumitur, est sexaginta, *l.* 68. *ad L. Falcid.* maximum vero centum annorum. *l.* 56. *de Usufr.* Sacra scriptura tertium suggerit, 70. vel 80. annorum. *Ps.* 89. Si quid hujus rei certum statui posset, valde interest ejus quæstionis, qua sæpius in foro occurrente, judices teneri suspensos accidit; si quando agatur de hæreditate hominis, qui utrum mortuus sit, an vivat, ignoratur. Scimus, hoc esse juris, ut talis hæreditas proximis concedatur sub cautione reddendi bona, si ὁ δεῖνα salvus advenerit, ut finitur apud Sandium 4. 9. 8. Verum quid si hæres non possit invenire cautionem? Administranda est ab extraneis scilicet. Hoc autem perquam incommodum sæpe repertum est, hæredibusque veris internecinum; maxime, si pauperes esuriant, quod est difficilius, quam expectare, dum centum anni sint elapsi a nativitate τοῦ δεῖνα absentis. Tunc enim sine scrupulo hæredibus proximis concedi posset *arg. d. l.* 56. *de Usufr.* Forte ad octuaginta annos descendere liceret, auctoritate *Psalmi* 89. De facto ita notabiliter a Curia nostra decisum est. Triginta plus minus anni erant elapsi, ex quo hæres primus fuerat desideratus. Mors ejus semiplene probata a substitutis. Ætas primi, si viveret, erat jam futura duorum & quinquaginta annorum. Lapsu temporis longissimi, probatione semiplena, paupertate extrema substitutorum hæredum, qui cautionis præstandæ impo-

(n) *Pos.* 22. 23. & 24.

potes erant, Curia censuit amplectandam esse præsumptionem juris, quæ ponit annos sexaginta, *d.l.* 63. *ad L. Falcid.* sententiaque lata declaravit substitutos hæredes absentis, post octennium, si tum primus hæres non adesset, ad hæreditatem admittendos, quibus elapsis esset futurus 60. annorum, si vixisset: Interim de fructibus alendos. In causa *Lolle Witses cum sociis Requirant.* contra *Sasker Hæres in qual. requisitum*, ante magnas ferias 1680.

20. (o) Absolutæ positiones sunt, quas lex ita præsumit, ut quasi vim legis, vel plenæ probationis iis adscribat. Sic is, qui post biennium scripsit chirographo, se accepisse pecuniam mutuam, non potest admitti ad probandum, quod nihil acceperit: lex enim præsumit simul ac statuit, numerationem oportere esse factam. *l.* 14. *C. de non num. pec.* Tutor in inventario professus modum patrimonii pupillaris, deinde tam valide præsumitur non esse plus vero professus, ut non admittatur ad probandum, quod tantum non sit in bonis. *l. ult C. Arbitr. Tut.* Qui adulterii primo accusati, turpes amores deinde nuptiis conglutinarunt, pro convictis & confessis puniuntur. *l.* 34. *C. ad L. Jul. de Adult.* Filiusfamilias, qui pecuniam accepit creditam, præsumitur accepisse in causam castrensem. *l. ult. in fin. C. ad SC. Macedon.* Sed estne hæc præsumptio juris, an & de jure? Plerique ad hanc speciem referunt; Thomasius in SCHOLIO ad *Posit.* 18. *h. t.* ad priorem, ut si probetur in alium usum accepisse, valeat veritas, quod verba ultima legis ita quidem ferebant, non æque præcedentia; *stare oportet Contractum, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniæ creditæ, vel ubi consumptæ sint*: quæ verba contractus valorem non a probationis eventu suspensum enixe sanciunt.

N. ADDIT.

Et hic jam consentio Auctori. In præcedentibus vero verba textus supplenda sunt, & loco Filiusfamilias, *legendum est* Filiusfamilias miles.

21. (p) Cæterum, præsumptiones istæ pariunt positiones, sine inquisitione verumne sit, quod ponitur, an falsum, inquam. Sed dantur etiam positiones, quæ præ se ferunt ejusmodi præsumptiones, quæ sciuntur esse falsæ: ut in querela inofficiosi testamenti, quam movent liberi, præcepta est hæc juris positio; patrem, qui filium sine causa exheredavit, fuisse mente captum, etsi plane constet, hoc esse commentitium. *pr. Inst. de Inoff. testam.* Qui dominium transferre debet in eum, penes quem res jam ante existit, quod sine traditione fieri nequit, huic traditio præsumpta, vel potius ficta tribuitur, quam brevem manum vocari, dictum est alias ex *l.* 43. §. 1. *de Jur. dot.* Sunt enim hæ revera FICTIONES, quales an etiam in actione publiciana & rescissoria locum usumque habeant, suis locis quæsitum & definitum est.

22. Hoc observandum; fictiones esse quidem de rebus falsis, at nunquam de rebus impossibilibus: hæ metaphysicis relinquuntur; Juris Consulti non amant τῶν ἀδυνάτων ἐρᾷν. Idque notabilem usum habet, quem exemplo quæstionis illustrabimus. Conditio adjecta hæredis institutioni, non facit testatorem intestatum respectu temporis intermedii, quo incertum fuit, utrum extitura esset conditio, vel secus; quia cum actu existit, retrotrahitur ad tempus aditæ hæreditatis, atque jam tum extitisse fingitur. *l.* 26. *de Condit. Instit.* Sed dies hæredis institutioni cum effectu non potest adjici, §. 9. *Instit. de Hæred. Inst.* quia tum esset ante diem intestatus, & post diem testatus, quod juris ratio abhorret. *l.* 7. *de R. J.* Cur etiam dies non æque retrahitur, quam conditio ad tempus aditæ hereditatis? Quia hoc est impossibile, ut tempus retro currat. Hæc condictio, si navis ex India venit, potuit æque superiori, quam hoc mense impleri, sed ut res, quæ fieri injuncta & facta est post mensem, facta dicatur ante mensem, hoc implicat contradictionem. Agathon Poeta vetus, apud Aristot. 6. *Eth.* 2.

Μόνου γὰρ αὐτοῦ καὶ Θεὸς στερίσκεται,
Ἀγένητα ποιεῖν, ὅσσ' ἂν ᾖ πεπραγμένα.
Hec sola res ipsi Deo negatur, ut
Infecta reddat, quæ jam pridem facta sunt.

Cæterum, de eo, quod objici posset, fictiones esse mendacia, quid sit statuendum, diximus ad *tit. de Inoff. testam. n.* 4. *Part. II. pag.* 237. Plenius hanc quæstionem novissime tractat D. Beckman ad *h. tit. Pand.* 12.

(o) *Pos.* 20. (p) *Pos.* 25.

TIT.

TIT. IV.

De Fide Instrumentorum & Amissione eorum.

I. Instrumenta generaliter sumpta, testes etiam complecti, non stricte, nec usu vernaculo. II. Divisiones instrumentorum, & quae proprie publica. III. Quae sint improprie publica. IV. Requisita publici instrumenti, Juris Civilis, cum moribus collata. V. Tertium, subscriptio vel nuncupatio an necessaria. VI. De Protocollis, & illorum usu. VII. Constitutio juris Frisici de Protocollis egregia, sed neglecta, & quamobrem; mos Hollandiae confertur. VIII. Notarius quid sit. IX. Mandatum a partibus ad primo omnium esse necessarium. X. Historia rei judicatae ad eam illustrandam. XI. Quid juris, si testes aliter dicant, quam fert instrumentum. XII. Fides instrumentorum maxime publicorum, & de aetate probanda. XIII. Quo sensu, contra instrumentum testes non audiri dicuntur. XIV. Forma instrumenti privato-publici, & de subscriptione notarum pro literis. XV. Instrumenta mere privata nihil probare. XVI. De comparatione literarum. XVII. Statutum & mos Frisiae super instrumentis. XVIII. Casus quidam excepti, quibus an privata instrumenta probent. XIX. De rationibus Mercatorum quid juris. XX. De exemplaribus a partibus aut a Judice recognitis, quatenus vim probandi habeant. XXI. An Collatio Notarialis ab eodem, qui scripsit Authenticum, facta, vim probandi habeat. XXII. De aliis adfinibus exemplis quaeritur. XXIII. Instrumentum a tabellione qui scripsit, aut ab alio recognitum, non valere ad probandum. XXIV. Observationes duae adfines. XXV. De tempore exhibendi instrumenta, tam ante quam post interlocut. XXVI. Nova quae proferuntur instrumenta post interlocutoriam, & quousque id fieri possit. XXVII. An instrumenta etiam vim probandi habeant quoad acta quae obiter in illis referantur. XXVIII. Instrumenta plerumque ad probationem, aliquando ad necessitatem atque essentiam actus pertinere. XXIX. Amissione instrumenti non tolli veritatem rei gestae. XXX. Observationes circa illum articulum necessariae. XXXI. Instrumentis incendio absumptis, an & quando ex inventario actiones institui possint, quod exemplo declaratur.

(a) QUanquam artificialis probatio nobilior ea, quam vocant inartificialem, esse videatur, haec tamen usu & auctoritate longe frequentior & notabilior est. Administrari illam per instrumenta, vel per testes, *superius* indicatum est; de instrumentis prior occurrit locus. Etymologia, quae est ab *instruendo*, notat omnia, quibus *causa* instrui potest, adeoque tam personae, quam scripturae testimonia. instrumentorum loco haberi; consequenter dilatio instrumentorum causa indulta, testibus quoque producendis recte usurpari posset, per *l.1. h.t.* Sed longe praevalet strictior significatio, qua de scripturis probationi servientibus ea vox usurpatur, ut tam ex collatione rubricarum de *Instrumentis & de Testibus*, quam *nigro* per singulas leges deducto liquet: item ex *l.15. C.h.t.* Adeo ut secundum hunc praevalentem vocabuli usum, qui & in Germanicum sermonem penetravit, dilatio instrumentorum causa concessa, non valeat ad testes producendos, quemadmodum saepius in Curia Frisiae scimus esse judicatum; quando qui post lapsum dilationis peremptoriae vel conventionalis restituti erant, ut instrumenta noviter reperta proferre liceret, testes ejusdem restitutionis beneficio producere conabantur; sub hac tamen exceptione; *Nisi testes & articuli, ad quos interrogandi sint, unice ad instrumenta confirmanda* pertineant: quo casu per-

(a) *Pos.* 1.

permissam esse productionem testium ei, qui contra lapsum termini, ut instrumenta processus adhibere liceret, fuerat restitutus, concessam memini *in caus'a* Jacobi Studtees *Requirant en opposeerde*, *contra* Jeltie Pijters *d.* 2. *Julii* 1689.

2. (b) Sunt igitur instrumenta hoc loco nihil aliud, quam *Tabulæ*, sive *Scripturæ*, *quibus Judici intentionis nostræ fit fides*. Dividuntur in publica & in privata. Publica vocantur quæ publica auctoritate munita sunt, † reliqua privatim fiunt. Alia est divisio, quod sint originalia sive authentica, vel exempla, quæ ex originali transscribuntur, *l.* 2. *h.* & *l.* 4. §. *ult. Famil. ercisc.* quanquam ubi plura ejusdem tenoris instrumenta conficiuntur, hæc omnia, licet authentica, pariter exempla & exemplaria vocantur, *l.* 24. *ff. Qui testam. fac. poss. l. ult. de His, quæ in testam. del.* & *l.* 47. *de Legat.*2. relatione ad usum facta, quatenus quæ uno plura sunt, exemplarii vice funguntur. *d. l.* 47. *de legat.*2. Sed publica vel strictæ & proprie, vel latius & improprie intelliguntur. Stricte publica sunt, quæ habent Reipubl. autoramentum, ut sunt tabulæ censuales, *l.* 3. *C. Sine cens. vel reliq.* & *l.* 10. *de probat.* apochæ publicarum functionum, id est tributorum & vectigalium. *l.*2.*C. de Jur. emp.* & *l.* 6. *C. de Suscept. Tit. C. de Apoch publ.* Acta judiciorum, vel extrajudicialium negotiorum apud officium celebrata, *l.* 2 *C. de Edend. l.* 31. *C. de Donat.* & *l. ult. C. de Re Judic.* Denique, negotia privatim composita inque scripturam redacta, dein recognita in judicio, publicoque munita sigillo, recte eodem strictiore sensu publica censentur, per *l.* 10. *C. de Testam.* ubi; *Actis Judicis . . . publicavit Judicium*. etiam si videlicet antea sint composita. *c. Scripta c. quoniam. X. de Fid. instrum.*

3. Publica laxius & improprie accepta, vocantur instrumenta, quæ a personis publice ad instrumenta facienda constitutis, sunt conscripta, vel confirmata, & subscripta, quales olim erant argentarii in rationibus, *l.* 10. §. 1. *de Edendo*. ubi; *officium eorum atque ministerium publicum*. Item tabelliones, sive ut hodie *notarii*, nam hi *chartas publicas agere* dicuntur in *l.* 3. *C. de Tabular.* & publica vocantur instrumenta in *Nov.* 73. *c.* 5. Quam autem improprie talia tabellionum instrumenta vocentur *publica*, docet *Lex* 11. *C. Qui potior. in pign.* ubi parum abest, quin 'Ιδιοχείροις privatis adæquentur. Imo nusquam invenio, instrumenta per notarium sive tabellionem confecta, majorem habere vim probandi quam a privatis scripta, si modo hæc habeant trium testium subscriptionem, ut clare liquet ex *d. l.* 11. & *Auth. si quis*, subjecta, collata cum *Nov.* 73. *c.* 2. ut inde tuto statuere liceat; quælibet instrumenta trium habentia testium subscriptionem, habere vim plenam probationis, ut illa non inconcinne privato-publica vocari possent. Hæc res ad effecta instrumentorum, de quibus *infra*, pertinens, heic erat occupanda. Hoc satis etiam constat, instrumenta per tabelliones confecta, non valere sine testibus, *Nov.* 73 *c.* 5. cum in vere publicis nulli testes desiderentur, sed publica conscientia sufficiat. *l.* 19. *in pr. C. de Testam.*

4. (c) Ad instrumenta per tabelliones facta requirit Justinianus, ut præmittatur 1. nomen Imperatoris. 2. annus Imperii ejus. 3. consul. 4. Romanæ indictionis annus. 5. mensis & dies, *Nov.* 47. *cap.* 1. quibus adde 6. nuncupationem & subscriptionem testium duorum cum tabellione, *d. N.* 73. *c.* 5. vel trium testium privatorum, qui etiam sine tabellione vim probandi habent. *d. Nov. cap.* 2. Denique 7. partium subscriptionem. *ibid.* His additur a Dd. octavum requisitum; invocatio nominis divini, quod scilicet primo loco ponitur. Verum ut in legibus non requiritur, ita nec moribus ubique receptum est, nulloque modo contractus ex ejus omissione vitiatur. * A. Matth. *d. disp.* 9. *th.* 54. Loci, quo negotium sit actum, mentio nusquam requiritur, nec a Dd. suppletur, adeoque non est necessaria, tametsi multis modis fieri potest, ut ejus adjectio sit utilissima, uti recte monet Gudelin. *de Jur. noviss. c.* 11. *n.* 20. Quod attinet ad mores, non ubique illa requisita omnia sunt necessaria; quanquam Thomasius omnia moribus

(b) *Pos.* 3. 4. & 5. (c) *Pos.* 6. & 7.

† Quæ adeo in Saxonia recognitione adversæ partis non amplius indigent. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 21. §. 2.

* Multis hanc nominis divini invocationem ad formam instrumenti pertinere, adeoque necessitatis esse, persuasum est, v. *Volckmann. Emend. P. II. p.* 14. & *alleg.* ibi Dd. maxime autem Constitutionem Maximiliani *II. R. I. de A.* 1512. §. 1. verbis; *Desz in Anfang, auch Anruffung des göttlichen Nomens, (von dem alle Gutthat kommt) &c.* A Notario haud tuto negligetur, quod in aliis instrumentis publicis privatisque forte est secus. Aliquando tamen æquius videbitur, contrahentes ali næ culpæ reos non facere; & ob omissam Invocationem nullitatis pœna non mulctare, ut omnino visum *Fac. Jur. Lips. M. Jul.* 1705. teste Ill. Menckenio *ad O. P. S. tit.* 24. §. 2.

ribus Saxonicis esse necessaria, scribat in Schol. ad *Posit. 6. h. t.*

Invocatio nominis divini, de qua dictum est, neque nunquam, neque semper, adhibetur hodie: fere in rebus sanctioris ἀναθεωρήσεως, veluti in testamentis ob præsentem æternitatis meditationem, & in contractibus matrimonii, similibusque. Atque illum rariorem usum non tam neglectui, quam religionis curæ adscribendum censeo, ne menti divini nominis vilescat, & profanetur dolis in forensibus negotiis sæpe latentibus, quo, nisi fallor, pertinet illud tritum, *In nomine Domini incipit omne Malum*. Nomen Imperatoris aut Principis sub imperiis monarchicis servari, consultum, ut & annum Imperii ejus, etsi non ubique; apud nos id usum non habere palam est. Consulis loco fungitur hodie annus a Christo nato. Romanæ indictionis æra nostratibus extra Kalendarii usum ignota est. * Mensis & dies addi solet, neque non debet, ut tamen instrumentum ejus omissione non vitietur, ne testamentum quidem, ubi maxime alioqui usum haberet, ut Sandius docet *lib. 4. tit. 1. def. 9.*

5. Nuncupatio testium, in ipso instrumenti tenore melius fit, & facienda videtur; ut tamen, si appareat subscriptio, prævia nominatio nullum inferat vitium. (d) Subscriptionem testium in notarialibus instrumentis, sunt qui necessariam esse negant ex *d. Nov. 73. c. 5.* Sed Justinianus requirit τὴν ἐν γράμμασι τῶν μαρτύρων, ὡς εἴρηται, παρουσίαν, *Testium in literis, ut dictum est, præsentiam*, quæ, nisi fallor, est subscriptio. Tametsi verum sit, probationem ideo non intercidere, si per alios testes rei gestæ veritas demonstrari possit. *d. Nov. c. 2.* Adde *l. 17. C. de Fid. instrum.* Sed hac de re locus infra offeretur. *Moribus nostris*, ait Thomasius *in Scholio ad posit. 7. h. Saxonicis in Notarialibus instrumentis partium subscriptio non est necessaria*. Cæterum instrumenta proprie publica, magis est ut subscriptionem, quod ex legibus constet, non requirant, ut modo dictum ex *l. 19. C. de Testam. & l. 31. C. de Donat.* Imo ne partium quidem subscriptio in his est necessaria, cum sufficiat in actis memorari; *Talem stetisse in judicio & declarasse*, καὶ τὰ ἑξῆς. Communiter tamen apud nos, subscriptionem ejus, qui se obligat, in judicio quoque necessariam credunt; ut ægre persuaserim aliquando illam omitti posse in quadam Curia, cum socer cœcus in judicio fidejuberet pro genero suo publicarum auctionum actuario, neque subscribere posset: publicæ fidei conscientia valet heic pro testium numero, ut *aliquoties* dictum. Postremo, plerisque instrumentis usu antiquo & hodierno inseritur hypotheca bonorum, & clausula prorogationis, sive submissio Curiæ. Quod autem aliqui seriem rei gestæ inter requisita ponunt, ut Pacius ad *h. t.* minus fit accurate; quia rem ipsam a requisitis suis separari consentaneum est.

(d) *Pos.* 8.

6. Quia vero Instrumenta facile pereunt, usus magister docuit necessitatem protocollorum. Quæ sunt *memoriales scripturæ tabellionum, quibus in codice aliquo, gesti actus substantia collocatur*; ut inde pleni tenoris instrumentum conficiatur. Hunc enim finem & formam vox indicat, quia πρῶτον κῶλον nihil est aliud quam *Prima Scriptura*. Justinianus tamen in *Nov. 44.* vocem aliter usurpat. Nam per protocollum intelligit chartam, in cujus capite habetur titulus comitis sacrarum largitionum, & tempus, quo charta facta est, *cum cæteris*, cujusmodi chartas instrumentis scribendis solummodo adhiberi jubet, sicut hodie chartas sigillo publico insignitas ad eum usum tabellionibus injungi videmus. Sed Doctores *Protocollum* ejus, quem dixi, usus intelligunt saluberrimi; ut, si instrumenta desiderentur, quod frequentissime accidit, hi quorum interest, ad protocollum recurrere atque inde juris sui probationem petere possint. Habent enim publicam fidem, utpote scripta ab iis, qui jus *publice agendi chartas*, ut ait *lex 3. C. de Tabul.* acceperunt. Quod ut melius in tuto collocetur, prudenter ab Illustr. *Hollandiæ Ordinibus* constitutum est, ut Notariis vita defunctis protocolla deferantur in secretarium judicii cujusque loci, ut illic in usum publicum custodiantur, Edicto *d. 22. Aprilis 1670.* cujus legis providentia ante aliquot annos ipse cum sociis potiti sumus hæreditate quadam fideicommissaria, cum testamenti copiam nullam haberemus.

7. Ordines Frisiæ nihil enixius magisque severe statutis suis sanxere, quam ut tabelliones habeant *protocolla* omnium contractuum,

* Indictio Romana apud nos a Notariis omittenda haud est; circa eam errorem tamen dura nullitatis animadversione coercendum haud est, plus simplici vice JCtis Lipsiens. placuit, teste Ill. Mencken, *O. P. S. Tit. 14. §. 2.*

ctuum, testamentorum, aliorumque actorum, quibus opera ipsorum adhibita fuerit, idque cum accurato indice bene custodiant, ut illuc semper recursus, ubi necesse fuerit, haberi queat, sub interminatione perdendi officii in perpetuum, ac insuper arbitraria pœna, ut loquuntur Ordines *lib.3.Stat.tit.1.artic.* 3. Forma faciendi protocolla præscribitur *ibidem* hæc, ut eodem ordine, quo instrumenta confecta sunt, eadem protocollo inserantur: adeoque non debeant esse *Minuta* sive rudes negotiorum delineationes, cujusmodi vox *πρῶτον κῶλον* designare videtur, sed ipsa actorum substantia, vel potius exempla vim authenticam habentia. Proinde secundum originale protocollorum institutum & legis Frisicæ præscriptum, ipsa Instrumenta contrahentium testiumque subscriptione firmata partibus tradenda sunt, & exemplum ejus manu tabellionis confirmatum protocollo inserendum, quod secus apud *Batavos* aliisque locis servatur, ubi contrahentes atque testes in protocollo subscribunt, & exempla manu tabellionis munita partibus eduntur, ad quam consuetudinem spectat. Quæstio apud Doctores agitata, & a Wissenbachio *ad h.t.th.* 25. relata, an protocollo non extante, instrumentum publicum fidem faciat. Affirmatur eadem ratione, qua instrumento a partibus subscripto pereunte, protocollum a solo notario subscriptum vim probandi apud nos haberet. Hac enim gratia receptum est hoc institutum protocollorum, ut altero deficiente, non pereat probatio. Si quid in Frisia reformationis egeat, inter ea censeo ponendum esse neglectum protocollorum, summo publicæ rei detrimento; quatenus illo brevi tempore, quo mihi licuit in foro versari, nescio quot exempla instrumentorum magni momenti, quæ perierant, hominesque gravibus jacturis adflixerunt, extiterint. Causæ tam enormis neglectus videntur fuisse, desidia notariorum, & tenacitas contrahentium, ne duplex salarium solverent. Quibus tamen removendis facile sufficeret judicum gravitas, si vim probandi non darent instrumentis, nisi forma statutis & jure civili præscripta compositis. Est alia ratio difficilioris refutationis. Quod homines nolint secreta ultimarum voluntatum & æris alieni, quæ duæ res materiam instrumentorum maximam faciunt, legi in protocollis notariorum; qui plerumque non sunt ejus fidei & gravitatis, ut conscientiam arcanorum sustinere queant. Nec tamen hæc ratio tanti videtur, ut requisita juris communis & statutarii subvertenda fuerint, quibus alibi gentium corrumpendis eadem ratio non suffecit. Quod si notarii statutis hac parte parerent, facile procuratores & advocatos, qui nunc instrumentis scribendis æque dant operam, quam notarii, finibus officii sui profligarent.

8. Hac occasione de NOTARIIS eorumque officio paucis agere placet. Est igitur notarius, *Vir bonus, acta secundum leges concipere peritus, eamque ad rem publice constitutus.* Virum bonum esse debere, natura negotii & statuta gentium requirunt. Nostra *lib.3.tit.* 1. *art.* 2. ubi: Ad officium *Notarii nemo admittatur, quam homines bene morati & publice pro talibus cogniti*; sic enim verba *vermaerde mannen* accipienda; non celebres, aut clari simpliciter, cujusmodi *ἐπίθετον* non capit illorum functio. *Artis scribendi peritum esse debere*, non est quod approbetur, nihilo magis quam *secundum leges* id esse faciendum. In eum finem solent examinari, sintne legum & statutorum hac parte satis periti; quod statuta Frisiæ præcipiunt *d. tit.* 1. *art.* 2. Nec enim facultas instrumenta conficiendi, sine rerum, de quibus concipiuntur, notitia recte fieri potest. Examinandus igitur notarius non scholastice, verum pinguius & summatim, de his juris articulis, de quibus instrumenta confici solent, ut sunt nuptiæ, pactorum dotalium requisita, de testamentis, & omni ultimarum voluntatum genere, de contractibus eorumque accessionibus, de privilegiis mulierum minorumque, de cautionibus, & clausulis, in quovis negotiorum genere solitis adhiberi, atque id genus alia.

9. Officium notarii, † in ipsa instrumenti confectione incipit a *mandato* partium, vel saltem ejus, cujus oneri præjudicioque serviet. Nam si absque tali mandato vel declaratione prævia, instrumentum conscribatur, manifestum est, eum qui in tali instrumento ali-

† Decisione Elector. XXXVIII. cautum est, ut in causis criminalibus, actuario jurato adjungatur notarius publicus Cæsareus, nisi actuarius ipse ea potestate gaudeat, Idem est repetitum novissimo jure, & ut Actuarii, iidemque notarii, in casibus, ubi notarii præsentia opus est, se ea potestate gaudere, sub mulcta 5. thalerorum annotent. Exceptio est in Auditoribus, castrensibus nempe judicibus, ut Noster Serenissimus A. 1718. 12. April. rescripsit. Caterum Notarius publicus Cæsareus ex edicto Anni 1721. 19. Febr. non admittitur in Terris Saxonicis, nisi a Facultate Juridica Saxonico-Electorali examinatus, & in Regimine Dresd. immatriculatus fuerit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 2. §. 7.*

aliquid egisse vel promisisse dicitur, non teneri; (e) quanquam si in instrumento habeatur, aliquem adfuisse atque mandasse, ei relationi, quamdiu contra non fuerit probatum, fides habeatur. §. *Item Verborum*. 12. & §. *Si scriptum*. 17. *I. de Inutil. stip. l.* 14. *C. de Contrah. Stipul.* In hoc monitum absolute necessarium, aliquando impingunt nostrates notarii & scriptores publici instrumentorum, qui sæpe mandatu unius partis, ad cujus commodum pertinet instrumentum, si *Vir bonus & gravis sit*, (aliquando & hoc insuper habito) illud parant, eique credunt, ut a debitore subscribendum curet, ipsi postremo subscribunt, debitore non viso. Hinc erat fas dubitari, an instrumentum eo modo confectum vim probandi haberet, maxime cum statutis nostris *lib* 3. *tit.* 1. *art.* 3. sollicite injungatur notariis, ne instrumentis comprehendat personas, sibi vel testibus sibi adjunctis ignotas. Et tamen adeo neglectim notariale institutum apud nos habetur, ut cum hoc sæpe, nec raro, ut fatendum, bona fide, ad sublevanda itinerum incommoda, contingat, aliquando sciam esse dubitatum de valore talis instrumenti, in hujusmodi causa, cujus historiolam adjicere placet.

10. *Anna Lamberti*, vidua *Lasii Petrei* civis Snecani, conveniebat ex instrumento ab advocato quodam utriusque juris doctore Sneeæ conscripto, sine testibus, (ut fert usus Frisiæ, scilicet qui in medio foro, invita Jurisprudentia, invaluit) *Tadum* quendam, ob solutionem trecentorum supra bis mille florenorum aureorum, cum usuris plurium annorum, quos socer ejus, cujus per uxorem mortuam Tadius hæres factus erat, mutuo accepisset a Lasio soceri fratre. Cum essent conjecturæ, debitorem illum eo tempore non accepisse tantam pecuniam mutuo, quidam amicus Tadii convenit scriptorem, eumque post multas ambages eo redegit, ut fateretur, se debitorem non vidisse, nedum pecuniam numeratam, etsi hoc in instrumento haberetur; sed Lasium, qui summæ vir fidei habebatur, sibi jussisse, ut ejusmodi obligationem scriberet; scriptam accepisse, ut debitori, qui adesse non posset, subscribendam offerret; post aliquot dies retulisse subscriptam, seque non dubitantem de fide hominis spectati, subscripsisse deinceps. De tali causa, ut ancipite, miretur aliquis esse laboratum, & laboratum est satis, idque ob has rationes: 1. Quod per agmen ingens testium probaretur, Lasium fuisse virum probum & veracem, in quem tanti falsi non caderet suspicio. 2. Quia sæpe talia fiunt in Frisia, nec *articulus* ille *tertius*, ex statutis citatus, in plerisque servetur. 3. Quod subscriptio infra obligationem posita, cum manu soceri debitoris collata, optime conveniret. 4. Quod scriptor ille doctor juris corruptus esse posset in ultima declaratione: quin priorem in officio factam, & instrumento, quod pro publico haberetur, expressam, meliore fide esse dignam. Responsum ad primam rationem. Tales, qui pro veracibus & probis habeantur, maxime valere ad fallendum, & revera probatum erat, fuisse eum inprimis callidum, ut vulgo *Doctor* vernaculus diceretur. Accedebat dolor præsumptus ab intercepta Lasio successione; item quod vivus usuras a Tado pluribus annis petere non ausus erat; etsi instrumento adscripserat, ab originali debitore aliquot annorum usuras esse solutas. Ad 2. Pessimi moris nullam esse consequentiam, & si in Statuto illo quædam obsoleta sint, mandatum debitoris ita ad substantiam instrumenti pertinere, ut obsolescere nequeat. Ad 3. Comparationem literarum, haud quaquam solide probare, *uti mox videbimus*. Præter quod etiam constitit, illum imitandi manus alienas fuisse peritissimum, quod tamen non nisi post confectas in judicio probationes, adversario innotuerat. Ad 4. Ad minimum per ultimam scriptoris declarationem, fidem ejus, qua instrumentum unice nitebatur, sublatam, consequenter ipsum instrumentum inutile ad probandum esse factum. Sed in jure ita cautum est, si testes instrumento adhibiti aliud deponant, quam ipsi in instrumento professi sunt, testimonia jurejurando firmata majoris esse fidei quam probationem, nec aliter fidelia censeri documenta, quam si subscriptorum viva declaratio, cum instrumenti relatione conveniat. *Nov.* 73. *c.*3. Atqui testis unicus heic erat ille Doctor juris, qui juratus ea, quæ diximus, retulerat. Ergo prævaluit in ista causa, & merito, ut contra instrumentum, etsi πληθυντικῶς, ac ægre judicaretur.

11. (f) Pertinent hæc ad formam instrumentorum; sed fluit inde quæstio ad effectum probationis, quæ formæ instrumenti cohæret, spectans, ejusmodi, qualem in *Armenia* Justinianus usu venisse narrat, in *d. Nov.*73. *c.*3. An quod Imperator ibi decidit, *si testes ali-*

(e) *Pos.* 18. (f) *Pos.* 11.

aliter quam in instrumento scriptum est, *deponant*, *majorem esse testium fidem*; id etiam obtineat, si testes *negotio quidem adfuerint*, sed instrumento super eo composito *non interfuerint*, nec ei subscripserint. Disceptatum est ea de re in tali causa. Vir nobilissimus conveniebat Sempronium nomine cesso ad solvendum pretium fundi venditi. Is autem deducere volebat pretium mensuræ minoris, quæ reperta fuerat post venditionem; actor hoc ei jus competere negabat, quia fundus ad speciem venditus fuerat, *soo groot en klein de Landen mogten zyn*, ut scriptum erat in literis instrumenti, quo casu non posse fieri deductionem, probavimus *Part. II. pag.* 486. *n.* 8. Sed emptor per testes, qui venditioni adfuerant ut pararii, probabat, ita convenisse, venditumque esse fundum ad *mensuram 't einde mate t' einde gelt*; qua formula deducendi facultas datur, ut *ibidem* tradidimus. Quæstio in hoc erat, utrum instrumento, an testibus major esset habenda fides. Plerique Domini testes præferebant, *arg. d. Nov.* 73. *c.* 3. accedente deductionis illius æquitate, qua parum abest, quin doli realis venditorem, eam non admittentem, arguat. Aliis tamen ita videbatur. Sanctionem Justiniani non habere locum, nisi quando testes ipsi instrumento conficiendo firmandoque sunt adhibiti, & deinceps aliter quam fert *collatio literarum*, jurato deposuerunt, ut verba *Nov.* satis perspicue declarant. Heic res aliter se habebat. Testes interfuerant venditioni, instrumentum deinde conscriptum partibusque prælectum fuerat, testibus illis non præsentibus. Dicendum videbatur, instrumentum potius sequendum, quia cum testes & instrumenta, quæ sunt in forma probante, super eadem re seorsim consistunt atque confligunt, hæc sine dubio prævalent, ut *mox videbimus*; accedit, quod post illam rem coram testibus gestam, partes aliter convenire potuerint, imo aliter, ex instrumenti compositione, prælectione, & subscriptione convenisse videbantur. Secus tamen in prædicta causa, vel per sensum generalem *d. cap.* 3. vel ob æquitatem deductionis illius placuit; *D. T. ab A. contra Claes Tjaerts*, *ante ferias O. S.* 1640.

DE EFFECTU PROBATIONIS
per instrumenta tam privata quam publica.

12. Quod attinet igitur ad fidem instrumentorum, de illis est hæc regula generalis; In litibus exercendis eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. *l.* 15. *C. h. t.* Nec tamen desunt res, quarum fluxa solet esse recordatio, in quibus instrumentorum solidior est probatio quam testium, maxime in designandis exacte rerum actarum temporibus, veluti in ætate probanda. *l.* 3. *C. Si minor se maj. dix.* ubi. *nisi palam & evidenter ex instrumentorum probatione, non per testium depositiones, te fuisse minorem ostenderis.* Quid igitur, an ætas per testes nullo modo probari potest? Non censeo id absolute prohiberi, sed in casu *d. l.* 3. dumtaxat, si minor instrumento per sacramenti religionem se majorem adseveraverit, & postea tamen beneficium in integrum restitutionis imploret. Alioqui in venia ætatis impetranda, si desit testimonium baptisterii, vel adnotationis parentum, non dubitatur, quin testes, qui caussam scientiæ, quæ petitur, a comparatione rerum ipsis certo cognitarum reddere possint, admittantur; velut si testis habeat ipse liberos antea vel post paulo natos, si ab ineunte ætate sibi fuerit æqualis & id genus alia. Quin neque testes ab auditu repelluntur, si *adspectus* suffragetur, *d. l.* 3. *in pr.* sicubi non vertatur præjudicium tertii, ut quotidie servatur. (g) Cæterum, de publicis instrumentis indistincte prædicatur, illa testibus esse potiora, *l.* 10. *de Probat.* *l.* 31. *C. de Donat.* de omnibus autem indistincte, si de fide eorum non dubitetur, nec falsi arguantur, adversus scripturam non esse testes audiendos. Paulus 5. *sentent.* 15. *ibique* Cujacius, adfirmans tamen id in libris Justiniani non extare. Nam *lex* 1. *C. de Testib.* e Basilicis ab ipso adsuta, non a Justiniano est. 13. *obs.* 38. Eam tamen & legem & regulam laudant ut Justinianæam, Præceptores nostri Ant. Matth. *de Judic. disp.* 9. *th.* 56. & Wissenbach. *ad h. tit. th.* 21. Falsi autem accusatio tam adversus publica quam privata instrumenta procul dubio admittetur. *l. pen. & ult. C. ad L. Cornel. de Fals. l.* 2. *h. t.* Quod si falsi non arguantur, testes quidem non audientur contra tenorem narrationis in instrumento rite confecto; sed quominus res in eo narratæ refutentur, nihil impedimento est. Sic professio mulieris, quæ a marito repudiata, cum esset gravida, puerum odio viri in actis publicis declaravit spurium, refutatur, ut tamen actis non derogetur fides. *l.* 29. §. 1. *de Probat.*

Imo

(g) *Pos.* 9. & 10.

Imo etiam testes admittuntur adversus ipsum tenorem narrationis, tam de veritate, quam de solennitate. §. *item verborum.* 12. *& si scriptum.* 17. *I. de Inutil. stipul.* juncta *l.* 7. §. 12. *de Pact.*

13. (h) Quæro igitur, quis sit effectus hujus regulæ; *Quod contra fidem instrumenti testes non audiantur.* Nam si tu dicas, hoc ita esse capiendum; *si de fide eorum nihil dicatur*, ut Paulus *d. c.* 15. §. 4. id parum abest, quin sit cavillatorium; quorsum enim productio tua testium contra instrumentum, si nec tenor narrationis nec res narratæ falsitatis arguantur? Vix est igitur, ut aliter usum habeat regula, quam ratione *post facti*, si quis debitum instrumento comprehensum dicat esse solutum, integro & apud creditorem adhuc existente instrumento. Non audietur, nisi ex constitutione Justiniani quinque testes integræ fidei adfuerint, *l.* 18. *C. de Testib.* sed hoc ante Justinianum non videtur obtinuisse, quemadmodum certe nec hodie servatur, sufficiente duorum inrefragibili testimonio; teste Sandio *lib.* 1. *tit.* 10. *def.* 8. Fabr. 4. *Cod. tit. de Testib. def.* 23. *n.* 13. Cur enim non æque sit admittenda probatio, quod debitum instrumento comprehensum sit solutum; quum & narrationem & narrata veluti falsa refellere licet? Hoc igitur modo adversus instrumentum audietur testis; verum si quis de fide tabularum, aut eorum, quæ tabulis continentur, aliquid dicat, is æque audietur. Proinde oportet ad hoc relabamur. Si fas est, tam narrationem ipsam quam res narratas refellere, si licet ipsum instrumentum, ut est compositum, arguere falsi, ut modo licere traditum est, denique si & debiti instrumento comprehensi solutionem postea factam per testes probare licet, quis superest usus aut sensus hujus regulæ; *Testes non audiuntur contra Instrumentum*? Quid enim hoc est? Videtur esse inepta contradictio: Adversus *Instrumentum*, *quod falsi non arguitur*, *testes non audiuntur.* Videamus, an hoc modo explicari possit; qui se obligavit in instrumento sciens ex falso fundamento, & ex quo non obligaretur, si professus non fuisset obligationem ille se non potest eximere obligationi, nec admittitur ad contrariam probationem. Demus exemplum rei judicatæ antehac etiam commemoratæ. Sempronius cum uxore, uterque suo nomine, sed adscripta qualitate hæredum Titii, qui frater uxoris fuerat, vendiderant prædium, seque pro evictione pariter obligaverant. Uxore mortua, Sempronius cum uxoris hæredibus ab emptore conventus est super evictione. Respondit, se non teneri, tantum venditionis auctorem uxori fuisse, quanquam errore tabellarii, & suo, sine mentione qualitatis alienæ collocatus esset, multo minus se jam finita qualitate mariti, esse conveniendum. Hæc erant vera in se; attamen quia scriptum erat in instrumento, cui ipse subscripserat, sese evictionem præstiturum, non poterat audiri probatio, contraria scripturæ tabularum. Proinde condemnatus est, salvo regressu adversus uxoris suæ hæredes, *in causa Rienk Douwes Boxumani*, contra *Claes Claessen Kimswertensis cum socio*, ante magnas ferias 1679. Si quis hoc minus idoneum aut insufficiens arbitretur, omittat regulam, & dicat, adversus instrumenta rogari testes, & perpendi posse, utrum major fides illis insit, quam instrumento, *per Leges modo citatas*.

14. Effectum probationis ad publica instrumenta restringi, notum & aliquoties dictum; sed & hoc intellectum est, privata, quæ habent trium testium subscriptionem, plenam facere fidem, *d. Nov.* 73. *c.* 2. nec vero publica, quæ per tabellionem fiunt, sine testibus (ut videtur, duobus, quia numerus plurium duobus est contentus) valent, *d. Nov. c.* 5. Qui textus docent; inter ejusmodi publica & privata, paribus munita testibus, exiguum quoad vim probandi, aut nullum esse discrimen: eadem Nov. a literarum imperitis quinque testes adhiberi præcipit in *Cap.* 8. quorum unus pro imperito literarum negotii domino subscribere jubetur: unde satis apparet, quod multis in locis deficiente scribendi peritia, pro literis admittuntur *notæ*, tam contrahentium quam testium, id non convenire cum ratione juris, ut observant Faber 4. *C. tit. de fid. inst. def.* 23. A. Matth. *disp.* 9. *de Judic. th.* 46. quia quicquid in illiteratis, hoc est, scribendi imperitis, incommodi lex metuit, id in talibus, qui nullam literam norunt, obtinet. Quanquam apud nos id usu tacito sic inolevit, ut signa notæve, quas pingunt rustici simplicesque mortales, indistincte pro literis valeant, etsi ad Testamenta quod attineret, aliquando substitisse Curiæ Supremæ Δικαστολους, intelleximus, non sine summa ratione, ut in loco *dictum* & *dicetur*. Vicit tamen usus.

(h) *Pos.* 12.

usus. Quando igitur privata instrumenta sufficiente numero testium munita pro publicis funguntur, in eo res desinit, ut quoad vim probandi, distinctio non tam inter privata & publica, quam inter *munita testibus* & ἰδιόχειρα, sive *chirographa propria* valeat.

15. (i) Scripturæ testibus non minutæ duobus juxta tabellionem, vel tribus aliis, nullam habent vim probandi, nisi quatenus contra eum, qui manum suam agnoscit, proferuntur; † pro scribentibus non valent instrumenta domestica, privatæ adnotationes, vel testationes, neque rationes, *l. 6. C. de Probat.* nec etiam defuncti declarationes in testamento factæ, etsi juratæ, prosunt hæredibus, *l. 7. C. eod.* etsi contra illos valeant, *Auth. Quod obtinet. C. de Prob.* aliis inquam, non præjudicatur, ut *ibid. in fine & d. l. 6.* D. Willenbach. *ad h. t th. 23. ubi plures, & omnes ita Auctores.* Nullo jure igitur Theseus Hippolytum incestus arguebat; eo quod Phædra chirographum suum, quo Hippolytum accusabat, morte voluntaria confirmaverat; sic ille,

> Ποῖοι γὰρ ὅρκοι κρείσσονες, τίνες λόγοι
> Τῆς δ' ἂν γένοιτ' ἂν, ὥς' αἰτίαν φυγεῖν.
> *Quo jurejurando, quibus rationibus*
> *Facinus probari posset, ut sis innocens?*

Scil. si declaratio moribundæ non sufficiat. Euripides *Hip. v. 319.* sic ille scilicet, affectu abreptus, non judicio ductus.

16. (k) Scriptore chirographi, contra quem profertur, negante suam esse manum, peti potest comparatio literarum a producente, †† prævio jurejurando calumniæ; Instrumentum autem, cum quo comparatur chirographum controversum, debet esse procul omni dubitatione scriptum ab eodem reo, trium testium habens subscriptionem, quorum duo saltem manum suam agnoscant; aliter nullo modo permittitur, ne quidem ex chirographo, quod ipse contra se proferat. *l. 20. C. h. t.* Et tamen ne sic quidem ex comparatione firmum oritur argumentum, ut Justinianus docet in *Præfat. Nov. 73.* quia nunquam defuerunt homines, *qui ad imitationem literarum semetipsos maxime exercent*, ut *ibidem*. Scriptura, *ex qua fit comparatio*, verba Baldi *ad l. 20. n. 34.* quæ nihil est, *nisi quoddam argumentum a simili & vero simili*, inprimis ad eum finem est fallax, maxime, si chirographum non totum a scribente scriptum, sed tantummodo subscriptum sit, quo casu vix credo, legibus omnino permissum iri comparationis institutum, de chirographis enim ipsis *d. lex. 20.* loquitur; & in paucis literulis summa facilitas imitationis fraudulentæ fidem corrumperet. *arg. d. l. 20. in pr.* vid. Donell. *lib. 25. Com. ad tit. d. Fid. instrum. cap. 2.* Mornac. *Auth. Ad hæc. C. h. t.* Wissenb. *h. t. th. 22.* Cæterum, hæc diligens observatio Justiniani, in foro usque adeo exacte non servatur; sed fit comparatio ex privatis etiam scripturis, quas alii fide digni homines, maxime liberi, conjuges & propinqui, bene se novisse, quod sint a manu defuncti, prædicent. Quæ in re si comparatio tantum habeatur, ut haberi debet, pro

(i) *Pos. 13.* (k) *Pos. 14.*

† Documenta recognoscibilia, licet in iis recognitioni fuerit renunciatum, in termino salvis exceptionibus sunt recognoscenda, aut in contumaciam pro recognitis habenda, quo fine partes statim ab initio sub præjudicio citandæ, quod judex faciat sub 5. thalerorum mulcta, interlocutoriis sententiis super recognitione abolitis. Documenta peregrini idiomatis, quæ producens a jurato interprete versa sub amissionis pœna articulis probatoriis & reprobatoriis adjunget, itidem sunt recognoscenda, salvis iis, quæ productus in ipsa recognitione vel subsequenti disputatione contra interpretationem monenda duxerit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 11. §. 3.* Diffessurus, ad diffessionem absque interlocutoria sententia, concessa brevi 8. aut 14. dierum spatio admittetur, in documentis propriis hac formula: se nec scripsisse, nec subscripsisse, neque se sciente, aut volente ab alio scriptum, subscriptumve esse; in alienis documentis: se nec credere nec opinari, illum, cujus id instrumentum esse dicitur, istud scripsisse, aut subscripsisse, aut eo sciente volenteve scriptum aut subscriptum esse. Si pars juratura in isto termino juratam diffessionem non præstat, aut ante istum terminum ab ea iterum desistit, licet forte altera pars non comparuerit, cui, si nihil habet, quod moneat, hoc licet, documenta ista, neglectis exceptionibus, pro recognitis habenda, & diffessionem detrectanti multa 10. aut & amplius thalerorum ex arbitrio judicis injungenda, nisi jurato affirmare possit, se, cum ad diffessionem se offerret, documenta omnino pro falsis habuisse, nec eo ipso in dolo versatum esse. *d. tit. §. 4.*

†† Hæc literarum comparatio in Saxonia tunc penitus est abolita; quod vero ad recognitionem instrumenti per testes attinet, requiritur, ut admissis adversæ partis interrogatoriis, tam quoad personas testium, quam quoad merita causæ, duo saltim adsint testes omni exceptione majores, qui se cum documenta subscriberentur, adfuisse, aut a producto ipso, hæc sua esse, audivisse dicant; qui, si juraverint, pars ad diffessionem non admittenda, pœna 10. aut., & amplius thalerorum, quod indecenter ad diffessionem se obtulerit, dictanda, documenta pro recognitis habenda, & si res hoc ita ferat, pars adversa adhibito JCtorum consilio ad suppletorium admittenda. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 11. §. 5.* Quid si productus contenta diffiteri velit? Potest, si prius juraverit, extensionem, se nesciente nolenteque, factam. Si subscripsisse se fateatur, sed documentum a se non lectum esse excipiat, a diffessione arcebitur, suas vero exceptiones in reprobatione, aut si in ipsa reprobatione tale quid contingat, separata deductione judici exponat. *d. Tit. §. 6.*

pro verisimili argumento, non est periculi multum; at verendum est, ne non sæpe nimium ei tribuatur, præsertim apud nos, ubi scripturis privatis certe nimium tribuitur.

17. Fuit apud Frisios consuetudo memorata in *lib. 3. Statutor. tit. 23. n. 1. Quod in hac provincia credatur instrumento contractus confirmato manu & sigillo scribentis.* Credo quod simplicitas & sinceritas gentis hanc consuetudinem nulla falsorum experientia tolerabilem fecerit. Sed in recensendis publicandisque statutis adjecta sunt hæc verba: *Quoniam in Authentico juxta hanc consuetudinem adnotata reperiuntur hæc verba*, ET MALE, denique, *cum incertum sit, an prædicta consuetudo in hac Provincia unquam approbata sit, vel secus: Eaque res in* HIS TEMPORIBUS *multam fraudibus occasionem præbere posset, si prædicta consuetudo servaretur, statutum est, ut post hac, quod attinet ad tabulas & instrumenta, Jus scriptum observetur.* Sed ut reformatores dubitant, an unquam hæc consuetudo fuerit approbata, sic ego dubito, an unquam hæc reformatio de anno 1602. in usum introducta sit, ut jus scriptum, quod est Romanum, quoad instrumenta servaretur. Adeo quantum memoria repetere, vel a majoribus natu exquirere potui, semper valuit, quod nunc obtinet, ut instrumenta non modo a tabellionibus, sive notariis, sed etiam ab advocatis & procuratoribus scripta, & a partibus, sine ullo alio teste subscripta, vim probandi haberent; imo etiam idiographa, mediante comparatione literarum, si falsi non redarguantur; etsi nec sigillunt, quod vulgo abiit in desuetudinem, fuerit adhibitum, haud raro admittuntur. Ego peccaturum non puto, qui ad hujus consuetudinis elogium repetat illud antiquum glossæ, ET MALE.

18. Sed posita juris civilis hac parte disciplina, sunt tamen exceptiones quædam proditæ ab interpretibus, quibus privatæ scripturæ vim probandi habeant, ut sunt adnotationes parentum de statu & nativitate liberorum suorum, *l. 29. de Probat.* quam tamen non admittit ut exceptionem D. A. Matthæ. *disp. 9. de Judic. th. 52.* De statu certe natalium legitimo, si tertii intersit, parentum testimonia merito suspecta habentur, ut nec abnuit. *d. L. 29. §. 1.* Ætatis probationem, aliunde quam ex ejusmodi adnotationibus habere vix licet, ideoque in foro admittuntur in hunc usum. Secunda exceptio ponitur in rationibus argentariorum; sed non est de regula, quia magis est, ut pro publicis habeantur instrumentis. *l. 10. §. 1. de Edendo.* Idem judicandum de relationibus publicarum personarum super expeditionibus ad officium suum pertinentibus, *arg. d. l. 10. §. 1.* verbis: *Quia officium eorum atque ministerium publicum habeat causam.* Ac ita ubique servatur. Publicant scilicet, non auctoritate saltem, sed etiam usu atque exercitio; ne quis tutorum ut personarum publicarum rationes, idem jus habere contendat, quo nomine pragmaticos reprehendit D. Matthæus *d. th. 26.* Tertia exceptio; si adversarius jus pro se, instrumento aliquo sit usus, id deinde contra ipsum vim probandi habere volunt. Hanc exceptionem D. Matthæus *d. th. 6.* juri scribit esse contrariam; textum vellem adduxisset, aut rationem. Hæc enim videtur pro exceptione militare; *Quod enim probo, non reprobo*; quod pro me servire feci, contra me pati debeo. *arg. Rubr. D. Quod quisque jur. in alt.* Nec in foro nostro dubitatur, quin ex instrumentis semel a partibus agnitis probatio recte petatur, ob hoc ipsum, quod agnita fuerunt; adeo ut, si, postquam in judicio agnitum est instrumentum, perierit, ex copia sive exemplo per notarium cum originali collato, quod alioqui non probat, in eadem duntaxat instantia, jus dici possit, ut apud supremam Curiam, teste Nauta, judicatum est, *in causa Aukien Feickes*, contra *Franciscum a Scheltema, d. 7. Febr. 1643.* hac de re mox pressius. Addit & rejicit aliam D. Matthæus exceptionem, quæ est, quod scriptura privata, quam plura comitantur præsumptionum adminicula, probationi sufficere possit; quod ita concedere licet, quomodo ex concursu plurium præsumptionum cumulatarum, probatio quandoque, ut *titulo præced.* exposuimus, colligi potest; aliter nequaquam.

19. (†) Quinta exceptio est in Mercatoribus, quorum rationes sive Codices rationum, habent vim probandi, † si Jurejurando vel morte Merca-

(†) *Pos.* 15.

† Secundum jus novissimum, si utraque pars e mercatorum ordine sit. Si mercator, neglecto eo, quod de chirographo a debitore tusta & præscripta forma, ut instrumenti guarentigiati inde naturam habeat, exigendo, Mandato Electorali de An. 1583. constitutum est, adversus alius ordinis hominem agat, & probationis loco librorum suum pro usu, ordinarie non suppletorium, sed purgatorium, aut si pro actore quædam adsint alia adminicula, suppletorium, non libri mercatoris, sed quæstionis principalis est injungendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 20. §. 4.*

mercatoris sunt confirmatæ; * ut universali fere per omnem Europam consuetudine receptum est, teste Gailio *lib.* 3. *c.* 20. Tulden. ad *C. h. t. n.* 5. A jure civili id alienissimum est, quia exemplo perniciosum judicatur, ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione privata debitorem constituit, *l.* 7. *C. de Probat.* ubi nec in Fisco, nec in alio quolibet id tolerandum pronunciatur. Sed postquam nomina contrahendi vetus ratio, quæ collatis rationibus fiebat, obsoleta est; nec in mercatura, quæ confertim exercetur, chirographa identidem commutari possunt, publica necessitas hunc morem sane quam periculosum invexit. Hæc tamen requisita merito exiguntur: 1. Quod mercator sit bonæ famæ, nec falsi alias convictus, aut valde suspectus. 2. Ut rationes propria manu scripserit, quod tamen non est perpetuum. Quid enim si scribere nequeat? Tum si uxor socia mercaturæ, vel alium habet institorem, ab his scriptæ rationes non repellentur: sed numeri notæque memoriales, ab illiteratis factæ, non faciunt fidem. 3. Ut causa vel materia debiti sit expressa, neque sufficiant repetita nude *τὸ Item* 4. Ut sit liber, qui contineat data & accepta; sive *debet* & *credit*, ut loquuntur; qua tamen in re conditionis peritiæque hominum ratio habenda. Sane id constat, debere librum esse *pragmaticum*, non tumultuarium, in quo raptum quovis modo res annotentur. Talia fere Gailius *d. cap.* 20. quibus adde 5. Tempus, quo res acceptæ sint, esse exprimendum. Denique, si valde probabiles sint rationes quod non debeatur, maxime si reus docere possit, se nunquam ab illo mercatore solitum emere, non potest neque debet tribui plena fides rationibus. Denique & hoc tenendum, jus hoc rationum mercatoriarum, ad res quæ ad negotiationis cujusque materiam pertinent, spectare, non ad alia: quemadmodum & fides relationum, quas alii homines publici faciunt de expeditionibus, ad quas ipsi mittuntur, & quas officii ratione peragunt, non ad exotica referri debet, ut recte Gailius *d. cap.* 20. *n.* 8. Atque hæc ita in usu quotidiano servantur. (1)

DE FIDE EXEMPLARIUM.

20. (m) Porro, effectus probationis qui tribuitur instrumentis, ad authentica sive originalia, non ad exemplaria pertinet, *l.* 2. *h.* ubi exemplum *scriptura calumniosa* vocatur. † *l.* 7. *C. de Edendo. c.* 1. *X. de fid. Instr.* Exempla vero concedere debet ei cujus interest, is qui tenet authenticum, *d. l.* 7. etsi forte jus petentis nondum sit natum; si modo comparatum sit ut nasci queat; velut si hæres fideicommissarius ante conditionem fideicommissi existentem, petat exemplum testamenti, in quo fideicommissum sibi post mortem primi hæredis relictum est. Quæ res dubium vix habet, si ab initio petatur; quando tamen post multos annos, re jam inveterata, petitur, solent hæredes fiduciarii esse difficiliores; quasi in annos suos inquiratur; posse tamen ne tum quidem negari copiam, exemplo rei judicatæ firmatum est a Nauta nostro *decis.* 15. inter *Theodorum & Hectorem Wissema*, contra *Johannem Eelkama*, *d.* 10. *Julii* 1640. Neque descriptum modo exemplum, sed etiam recognitum concedi debet. *l.* 5. *D. Famil. ercisc.* Recognitio variis modis fieri potest; in summa, vel consensu partium solo, vel etiam auctoritate publica. Consensu partium, sine publica auctoritate, fit sæpe, quando cohæredes, ut in *d. l.* 5. aliive consortes, pro singulis totidem exempla fieri curant, ea pariter recognoscunt, & pro authenticis habenda sanciunt; illa tunc inter ipsos eorumque hæredes vim plenam habere probandi, non est dubium, per ea, quæ Mynsingerus habet *cent.* 6. *obs.* 74. Auctoritas publica pari discrimine sumenda, quo *supra* de confectione publicorum instru-

(m) *Pos.* 16. & 22.

(1) *De libris mercatorum fure credentium, extat elegans dissertatio Viri Clarissimi Jo. Gottlieb Heineccii in Syll.* 1. *opusc. exercit.* 11. *ubi fusius de requisitis ad hanc probationem agit.*

* Mors mercatoris nostri fori observantia libros ejus non ita firmat, ut jusjurandum vivi; sed aut ab hæredibus suppletorie jurandum, aut petendum, ut ob probationem e suis libris semiplenam debitores jusjurandum purgatorium subire jubeantur. V. omnino Celeb. Dn. D. Barthium in *Hodeg. Forens. p.* 411.

† Hac occasione ex jure novissimo annotabimus, documentorum ab adversa parte productorum, vel alias apud acta jam reperiundorum exempla, non amplius producenda, sed remissionibus ad actorum folia utendum, quæ si plane non, aut non recte sunt allegata, pœna negligentem manet 3. thalerorum. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 24. *§.* 1. Cæterum si documentum præter id, quod in controversia est, alia contineat, sufficit istam, quæ ad præsentem litem facit, partem, per modum Extracti, articulis subjunxisse, addito documenti initio, fine; & subscriptione, quo facto inducens documento illo amplius non, quam quatenus excerptum est, utetur. Extra istum casum, documentorum, quæ in producentis manu sunt, exempla integra articulis adjungenda, nec altera parte invita revocanda, aut negligenda instrumenta semel inducta, nec in inductione aliis signis & characteribus, præter literas, numeros, & planetarum signa, sub 3. thalerorum mulcta utendum. *d. Tit.* §. 2.

ſtrumentorum diximus, de magiſtratu judicibusve, vel de notariis. Coram magiſtratu judicibuſve recognitio fieri poteſt cum pleno effectu probandi, ſi partes, quarum intereſt, ad hoc vocatæ atque citatæ fuerint; qua de re videndus idem Mynſingerus *d. cent.* 6. *cap.* 74. Quod ſi inſtrumenta ſpectent ad litem pendentem, ſimplex denuntiatio ſufficit, ad quam ſi pars adverſa non veniat, collatio nihilominus apud ſcribam publicum, cum effectu probationis in ea lite, ſicut apud nos, procedit, ex ſtatuto *lib.* 3. *t.*23.§. *ult.* Abſque citatione igitur vel denuntiatione, facta collatio a judice vel a ſcriba publico, non tribuit vim probandi.

21. Proinde nec collatio a notario, apud quem citatio non habet locum, ſine partium conſenſu facta, vim eandem habere poteſt. Niſi forte, *ſi ſit idem notarius, qui ſcripſit authenticum*, iſque inde fecerit deſcriptum atque recognitum, *hoc habeat vim probandi*, ut tradit Mynſingerus *d. obſ.* 74. *n.* 3. quod notabile eſſet, inprimis ad uſum noſtrum; in quo hæc nondum recepta, vel cognita, quod ſciam, eſt exceptio; ſed recipi debere videbatur, ob has rationes: Primam; quia tunc eſt eadem auctoritas, qua primum originale confectum eſt, eadem fides publica, in eadem perſona. (n) Alteram, quia doctores conſentiunt, exemplum e protocollo, id eſt authentico, ſub fide manuque ejuſdem notarii deſcriptum, vim perfectam habere probandi, non extante licet protocollo, ut *ſupra* dictum eſt, & probat D. Wiſſenbach. *ad h. tit. th.* 25. nec non uſus omnium locorum, in quibus protocolla uſurpantur, confirmat. Ergo exemplum de authentico ipſo ab eodem notario deſcriptum; licet authenticum perierit, vim æque probandi habeat oportet. Rationes minime ſpernendæ equidem: Hæreo tamen, nec ſatis ſcio, an ejuſmodi hoc jus ſit, quod in uſum (ut, ſi legale ſit, fieri oporteret) provehi debeat. Juſtinianus in *Nov.* 73. id agens, ut inſtrumenta caute conficiantur, fidem tabellionum non ſufficere ſolam ſtatuit, ſed teſtium præſentiam inſuper accedere jubet. *cap.*5. Verum in exemplo deinde ex authentico deſcripto, ſolius tabellionis fides, ſine teſtium conſcientia reperitur; quæ ſi non ſufficiat in primo originali componendo, nec in recognito faciendo metum negligentiæ aut malitiæ penitus amoliri poteſt. Unde cadit prima ratio, quæ Mynſingeri eſt; etſi enim eadem ſit perſona tabellionis, non adſunt iidem teſtes, & quod magis, utraque pars abeſt, quarum ſubſcriptiones authenticum ab omni ſuſpicione liberant; quantum igitur abeſt, ut eadem ſit auctoritas in exemplo per notarium deſcripto, quæ fuit in *originali* primum condendo. Ratio altera ab uſu protocolli deſumpta, non valet jure civili, quo id genus protocolla ignorantur; nec apud nos, ubi ſimiliter ab uſu remota ſunt. Dein exempla notariorum e protocollis deſcripta, valent ideo ad probationem, quia ſe referunt ad authenticum, quod ſemper in protocollo haberi poteſt; rariſſime enim fit, ut protocolla pereant. Si placuerit, ut ejuſmodi caſu inopinato exempla retineant fidem, quam prius habuerant, inde male ad exemplaria quorumvis inſtrumentorum, quæ facilius pereunt, conſequentia ducitur: maxime contra juris rationem modo demonſtratam.

22. Roget aliquis, an ubi inſtrumenta valent ſine teſtibus, ut apud nos a ſolo tabellione, procuratore, aliave perſona publica ſcripta, ſi ab hiſce *copiæ* ſive exempla ſcribantur, utrum hæc vim probandi habeant, quia teſtium defectus ibi non obſtat? Ne hoc quidem dicendum: etſi enim teſtium defectus heic non noceat, partium tamen aut partis obligatæ ſubſcriptio, quæ non minoris eſt momenti, deficit: ideoque ſine conſenſu partium facta ejuſmodi deſcripta & recognita non merentur fidem, in eoque *per jura modo laudata* deſinendum. Hoc tamen obſervato; ſi perſona publica daret exemplum inſtrumenti, quod nullius habeat ſubſcriptionem, ſed quod totum a fide ac officio illius dependeat, ita ut authenticum ejus per ſe habeat vim probandi, tunc etiam ejus ſcripturæ exemplum, ipſius manu editum, eandem vim obtinebit. Ita qui publicis monumentis præſunt *ſecretarii*, exempla actorum edentes, fidem faciunt ſua manu. Idem de exemplis actorum conſiſtorialium, editis a paſtoribus; de exemplis profeſſionum, quæ ſunt in baptiſteriis a cuſtodibus templorum editis ſub ipſorum manu, ſervatur, & quominus ſervetur, nihil obſtat *per jura citata*.

23. Ex ſuperioribus nihil dubii relinquitur, ſi collatio facta ſit ab aliis tabellionibus, advocatis, procuratoribus, ſecretariis, quam qui acta contractuſque pro aliis ſcripſerunt, quin ex illis probatio peti & jus dici nequeat, etſi alia concurrant adminicula præſumptionum, quibus efficiatur, ut ἀδύνατον prædu-

(n) *Poſ.* 17.

rum

rum videatur, ejusmodi exemplis negare fidem. Observatum hoc est in sequenti exemplo. *D. Petrus Lomers*, Consul Franekeranus, & Ordinum Frisiæ legatus Novemvir, petebat hæreditatem fideicommissariam a *D. Johanne Suiderbaen*, ejusdem dignitatis Consule Doccumano. Nitebatur Actor exemplo testamenti scripti ab obtimæ fidei notario, qui testis citatus non modo declarabat, se tale testamentum, quod bene meminisset, rogatu illius testatoris scripsisse, verum se quoque e stylo agnoscere suum dictamen: recognitum erat ab alio tabellione non minus probo & diligente, qui subscripserat; *hoc exemplum verbotenus cum Authentico suo convenire*. Repulsus tamen est actor *ante magnas ferias* 1679. Optandum esset, ut similis accuratio in authenticis observaretur. Qui enim hæc cohærent; notario publico non creditur exemplum describenti ex authentico, ne non aliquid desit; sed eidem authenticum scribenti creditur soli, quod manus subscripta sit debitoris? Scio, quosdam in disceptatione super illa causa putasse, non ideo probandi vim notariali exemplo denegari, quod fides notario non habeatur, sed quod incertum haberetur, an non principale sive authenticum esset abolitum vel cancellatum: quod, ut apparet, non est de nihilo. Sed tamen hæc ratio non minus obstat exemplis *vidimatis*, quæ vocant, sive publicis *copiis*, in judicio, post citationem partium solenniter, vel conventione eorum quorum interest, recognitis & confirmatis: etiam quando per testes rei gestæ veritas, amisso instrumento, probatur. Neque tamen illis casibus probandi virtutem labefactari, vel negari videmus. Sed hac de re adhuc aliquid sub *fin. h. tit.*

24. Atque ex his intelligitur, quid de exceptione generali, quam D. A. Matth. *d. disp. 9. th.* 73. & Wissenbach *ad h. t. th.* 24. iisdem uterque verbis collocant, sit judicandum: post regulam; *authenticum probare, non exemplum*, ajunt: *excipiendum est illud, quod fide publica & optima ex authentico descriptum est. l. chirographis.* 57. *princ. de Admin. Tut.* Nimis crude ponitur exceptio, cui præcipuum requisitum, *citatio* partis cujus interest, deest, ut non modo Mynsingerus *dd. locis*, sed & Gailius 1. 94. 28. scriptoresque ab illis laudati probant. Lex *Chirographis*, quam citant præceptores nostri, non agit de exemplaribus; sed de fide inventarii, quod vere publicum est instrumentum. Hæc res facit, ut religio sit illis adsentiri, qui volunt, instrumenta in publicos indices, sive codices redacta, hoc ipso vim probandi habere. Scilicet, instrumenta obligationum hypothecaria, jus prælationis adquirunt insinuatione facta in libros, qui publice in hunc finem a scribis judiciorum habentur: & testamenta, in quibus fideicommissa continentur, eis biennium in publicos etiam libros apud Curiam redigenda sunt, alioquin irrita fiunt. Si post insinuationem authentica pereant, ex illis exemplis, quæ in publicis istis codicibus habentur, probationem peti posse, sunt qui volunt. Non censeo; quia descriptio illa fit partibus non vocatis, dum vocari possent. II. Quia descriptio illa non fit in eum finem, ut probationi inserviat; sed ut legi ob usum plane diversum satisfiat. III. Quia descriptio non fit a publicis personis sed plerumque ab amanuensibus non juratis. IV. Quia fideicommissariis descriptis, ut apud nos habentur, nulla judicialis recognitio adhibetur; insertio sola, vel subscriptio, ad scopum legis sufficit. Ac ita consultus respondi *d.* 3. *Mart.* 1688.

Justior exceptio fuerit, quod si instrumentum qualitercunque recognitum a partibus admissum, & secundum illud jus dictum fuerit, idem exinde in aliis quoque judiciis pro valido ad probandum habeatur; quia partium consensu sic satis illud approbatum videtur, idque indubitati juris est ac moris in foro: ut in novissima disceptatione rei maximæ de causa *Amelandica*, ex veterum testamentorum exemplis antea quoque productis, in Suprema Curia judicatum est. Alio tempore fideicommissi petitio adjudicata est, e copia sive exemplo testamenti, sine partium voluntate collato; propterea, quod authenticum alias in judicio agnitum superque eo lata sententia fuisset, ac in divisione inter cohæredes agnitum. Cui accedebat, quod duo testes fideicommissum illud, in authentico ita, ut in exemplo apparebat, scriptum fuisse deponerent, in causa *Dd. Marci & Lelii a. Lyklama*, contra *Elkiam ab Aylva, ante ferias natalit.* 1681. Plus dubii fuit in eo, quod *suprà n.* 18. memoravimus exemplo. Illic authenticum exemplum, initio litis exhibitum adversario, nec ab eo contradictum, pendente lite, perierat nec aliud quam exemplum, a scriba publico recognitum, supererat. Reus, non posse ejus a judice rationem haberi, & sibi quoque ad re-

refutandum authentico opus esse, contendebat. Sed Curia actorem ad juramentum malitiæ, non esse factum opera doloque suo, ut authenticum interiret, admittere non dubitavit, ac ita secundum exemplum jus dixit, inter partes *supra* dictas, *d. 7. Febr.* 1643.

25. (o) Tempus exhibendi instrumenta, fuit olim idem cum editione, quæ cum in jus vocatione fiebat, ut olim didicimus ex *l.* 1. §. 2. *de Edendo* ubi monitum fuit, exempla Instrumentorum, edenda esse sine die & Consule, quod hodie secus fieri diximus, & quare, ad *tit. de Edendo Part. II. pag.* 105. Cæterum, ista exhibitio erat præparatoria. Dein rursus ad probandum vel eadem, vel alia deinde reperta instrumenta produci poterant, usque ad conclusionem in causa, secundum ea, quæ de termino probationum generali, dicti sunt *ad tit. præced.* Moribus hodiernis, exhibitio instrumentorum † fit, vel ante, vel post interlocutoriam. Ante, quando junguntur libello aliive scripturæ litis, in qua fit mentio instrumenti cum intentione probandi; tunc enim exhiberi debet, ut adversarius in ea, quæ sibi videntur, animadvertere possit; qui alioqui respondere non tenetur, ut statutis nostris expressum *lib.* 3. *tit.* 19. *art.* 5. Propterea non est fas reo, in ultima scriptura, ubi in scriptis proceditur, instrumentum exhibere, quoniam actor illud tum refutare non potest; vel si reus id fecerit, actor ad ultimam illam scripturam potest respondere, nulla rei contradictione permittenda, ut nostrates præcipiunt in *d. art.* 5. Post interlocutionem de probando, fit productio instrumentorum vel iterata, vel nova. Iterata, quando interrogationes invicem proponuntur: tunc enim juxta positiones de factis controversis, quibus ea probandis exhibita fuerunt ante interlocutionem, rursus iisdem confirmandis adhibentur & adhiberi debent, alioqui non probant, ut vult Mynsinger. *cent.* 2. *obs.* 13. *pr.* ac ita judicatum in Camera testatur, cujus tamen rei non video rationem. Cur enim quod ante interlocutoriam, in forma probante ut adversarius id refellere potuerit, exhibitum est, & quod semel probatione functum est, ad finem usque litis probationi non sufficiat? Fit quidem sæmper, & fieri debet, ut denuo apud interrogationes post interlocutoriam proferatur; verum si quis *remissive* in positionibus instrumentum ante exhibitum & quod etiamnum apud Scripturas ante interlocutoriam extat, vel in promptu haberi possit, laudet, eoque provocet, non puteni id vim probationis amissurum. Nisi fallit memoria, vidi id quidem accidisse, ut Curia nostra non rejiceret demonstrationem.

26. Nova productio fit post interlocutionem, eorum instrumentorum, quæ prius allegare probationis causa usu non venit, eaque adversarius per reprobationes suo arbitratu & quovis tempore, donec probationes publicatæ sunt, refellere potest. In quem finem apud officium commissarii, quo parti adversæ insinuentur, tradenda sunt, addito, in quem finem proferantur. *d. lib.* 3. *tit.* 23. *art.* 3. Idque non potest commodius administrari, quam fit quotidie, ut novæ positiones adversario apud judicem proponantur, quibus mediis, probatio ex novis instrumentis inducitur. Post publicationem, ante conclusionem causæ & renunciationem, adhuc instrumenta exhiberi possunt in judicio, præsente adversario, cui judex ad refutandum sufficiens spatium præfigat. *d. tit.* 23. *art.* 4. Postquam vero partes in causa concluserunt, nulla amplius instrumenta proferri possunt: nisi quæ forte deinceps reperta fuerint, idque causa cognita, ac, ut videtur, restitutionis in integrum beneficio, cum lex nulla producendi, quam ante conclusionem, tribuat copiam; etsi id aliis displiceat, ut Mynsingerus indicat *d. cent.* 6. *obs.* 56. *n.* 9. Sed apud nos ita servatur, & recte; quod enim est aliud restitutio, quam amissi juris redintegratio? Et quis negat, jus instrumenta proferendi, per conclusionem amissum, aut etiam alias per lapsum termini dilationis peremptoriæ a judice præfixi; sane, si pars adversa non contradicat, productionem rite fieri, non est ambigendum. Mynsinger. *ibid. n.* 10. Post sententiam an instrumenta noviter reperta †† proferri possint, ad effectum sententiæ, & *Tit.*

(o) *Pos.* 20. & 21.

† Documenta inducta, quorum editio non exspectatur, in productionis termino, in prima vel secunda positione sub desertionis pœna, originaliter sunt producenda, &, ad acta, facta annotatione, authentica in judicio relinquenda, donec adversa pars ea satis inspexit, deinde parti sunt reddenda, relata tamen prius ad acta judicialiter vidimata copia; immo, si de forma instrumenti disceptatum est, retinendum est apud acta, parti redditis literis de hac retentione testantibus, & simul cum actis ad JCtos transmittendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 25. §. 7.

†† Ob quæ juramentum deferendum, ut constet, tempore probationis aut reprobationis producentem, aut penitus nihil scivisse, aut, ubi extiterint, prorsus ignorasse, modo hoc casu legitime fuerint inducta. Cæterum iis, qui restitutionis in integrum beneficio gaudent, si nulla doli mali aut protractæ temere litis est suspicio, quod ad hoc juramentum attinet, merito parcitur, *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 24. §. 3.

& *Tit. de Re Jud.* pertinet, eoque id referemus. Tu vide sis eundem Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 60.

27. (p) Hactenus de effectu probationis quem habent instrumenta circa res & acta, de quibus concepta sunt. Non habent eandem vim circa res alias, & acta quæ referuntur in illis, sed obiter, & de quibus instrumentum non fuit ex professo compositum, etsi notarius id a se visum lectumque adfirmet. *l. ult. de Probat. Auth. Si quis in aliquo. C. de Edend.* Fachinæ. 12. *controv.* 3. A. Matth. *disp.* 9. *de Judic. n.* 66. Similiter exhibitio instrumenti obligatorii, non probat sola mandatum vel cessionem, sed hæc factum suum peculiari probatione præbere debet, *arg. dd. ll.* etsi in instrumento scriptum sit, pecuniam legitimo exhibitori restitutum iri, cum facti sit, utrum legitimus sit, an secus. Plane, si instrumentum non habeat nomen certi creditoris, sed in commodum exhibitoris generaliter sit conceptum, qualia novissimis belli temporibus edidit Respublica nostra, secus est dicendum: tunc enim instrumenti exhibitor eo sic ut nummis utitur. In cæteris vero sola instrumenti possessio non sufficit. Hinc rejectus est administrator ecclesiæ cujusdam, qui diu post rationes redditas apocham quadringentorum florenorum pro ecclesia erogatorum a tertio, exhibebat, cui tertio narrabat se solvisse pecuniam, sed non probabat cessionem, vel solutionem a se factam. *Jacobus Alams, contra Curatores templi Arumensis. ante fer. natal.* 1681.

28. (q) Denique, præcipua scripturæ virtus hæc est, ut res in ea contentas & actas probet; nec tamen ideo minus res gesta valebit, eo quod nullum super illo negotio confectum fuerit instrumentum, ut docet *Lex pen. h. t. l.* 13. *C. de Probat. & l.* 1. *C. de Dot. caut.* Quippe scriptura nihil ad substantiam rerum pertinet, extrinsecus tantum ob usum probationis accedit. Verum tamen est, naturam negotiorum sæpe ejusmodi esse, ut vel ad necessitatem, vel ad essentiam requiratur: Quid heic essentia & necessitas, etiam in Jure nostro differant, in *Parte II. Digress. lib.* 2. *cap.* 20. demonstratum est. In universum igitur triplex scripturæ virtus est; aut enim ad essentiam pertinet; aut ad necessitatem; vel denique ad probationem. Triplicis hujus scripturæ virtutis exemplum, dari potest in testamento; nam hoc aliquando ita conficitur, ut scriptura non sit necessaria, sed probationis causa tantum adhibeatur: aliquando scriptura necessitatis est, ab essentia tamen aliena: quandoque ad ipsam requiritur essentiam. Primo enim quando nuncupativum conditur testamentum, ad hoc non adhiberi scripturam, vox ipsa loquitur, nec tamen aliter fieri solet, quam ut testatoris voluntas memoriæ & *probationis ergo* in scripturam redigatur. Rursus, testamentum cæci debet esse nuncupativum, & tamen hoc ipsum in scripturam, ut valeat, necessario redigendum est. *l.* 8. *C. Qui testam. fac.* Tamen hæc necessitas *μὴ δηλοῖ τὸ τί εἶναι*, non facit ad demonstrandum, *quid res sit*: manet enim nuncupativum, ac ita non facit ad essentiam, quia tum scriptum oporteret esse testamentum, quod esse non potest. Tale vero fit, quando testamentum conditur in scriptis: tunc enim scriptura *εἰς τὸ τί εἶναι συμβάλλεται*, confert ad designandum, *quid res sit*, quomodo essentiam describit Porphyrius *Isag. cap.* 3. vocaturque *scriptum* testamentum. Similis differentia conspicitur in omnibus negotiis, quæ hoc modo contrahuntur, ut in scriptis perficiantur, de quibus agit *Lex* 17. *C. de Fide Instrum.* Scriptura, quæ plerumque non nisi probationis ergo adhibetur, eo casu ad necessitatem quidem, non tamen ad essentiam pertinet; manet enim v. gr. emptio venditio, contractus *consensualis*, nec etsi in scriptis celebretur, fit literarum obligatio, cujusmodi mutationem, si essentia mutaretur, fieri oporteret. Certe in obligatione literarum, scripturam ad essentiam negotii pertinere, satis ex iis, quæ *ad tit. Inst. de literar. obligat.* dicta sunt, manifestum est.

29. (r) Explicitum est de *Fide Instrumentorum*. Sequitur altera pars hujus rubricæ de AMISSIONE eorumdem, de qua nihil est in *nigro*, præter id quod *in l. pen.* habetur; non desinere negotium valere ideo, quod in scripturam non sit redactum, modo aliunde probetur. Unde recte secundum rubricam colligas, instrumenti amissionem non nocere veritati, si aliunde factum adstrui possit. *l.* 1. 4. 5. 6. 8. 10. 11. *C. h. tit. & l.* 5. *C. de Transact.* Imo, si debitor convictus sit, instrumentum furto subtraxisse, id ipsum & solum ad probationem debiti sufficere, dicitur in *l.* 20. *C. de Probat.* modo, ut res loquitur opus esse, argumentum ejus constet, quod tum sine dubio ex *copia* sive exemplo vulgariter recognito fieri posset; ut hic etiam casus, quo exemplum probet,

(p) *Pos.* 19. (q) *Pos.* 2. (r) *Pos.* 23.

bet, superioribus addi queat. Verum quid si negotium in scriptis ita contractum sit, ut scriptura ad necessitatem vel etiam ad essentiam pertineat, an tunc amissio scripturæ, essentia quippe sublata, non tollit rem ipsam? Non videtur: si modo quod in instrumento comprehensum fuerit, aliunde probari possit, *d. l. 1. C. h. t. & l. un. D. Si Tabul. testam. extab.* ubi hæreditas sive bonorum possessio peti potest, etsi tabulæ, quas ad essentiam testamenti scripti pertinere demonstratum est, post mortem interierint.

30. Dices, quomodo in hoc casu sciri potest, an testamentum fuerit jure factum, si non appareat scriptura. Testes enim de cunctis solennibus & mysteriis testamenti deponere non possunt? Dicendum est, duo tunc videri esse necessaria. Primum, ut adsit exemplum Testamenti recognitum, etsi non solenniter. Et secundo; authenticum ab hæredibus post mortem fuisse inspectum & approbatum. Hoc enim si factum sit, universa Scripturæ bonitas satis probata videtur, & tum per testes singula capita in illo contenta facilius probari possent, quemadmodum accidit in causa modo relata *Lyklamana*, ubi, juxta testamentum facta erat inter cohæredes divisio: & testes duo, fideicommissum in eo relictum fuisse, præter alia, quæ aderant argumenta, deponebant. Ac ita consultus respondi in tali specie. Testamentum perierat, sed exemplum ejus in indicem publicum, qui fideicommissorum causa habetur, erat redactum, & extabat aliud a tabellione recognitum; duo præterea vel tres erant testes, qui authenticum viderant post mortem testatorum, & de contentis ejus adfirmabant. Respondi, si testes post mortem testatoris vidissent testamentum, & de requisitis etiam adfirmare possent, vel si actus aliquis cohæredum, quo authenticum agnovissent, proferri posset, sufficere exemplum. Et ejusmodi actum videri diximus, quod hæredes authenticum in publicos indices referri curassent. *d.* 3. *Mart.* 1689.

Cæterum, quando accidit, ut tabulæ post mortem perierint, non potest non habere locum scrupulus, quem *supra* attigimus, an *authenticum a testatore non fuerit abolitum*. Quam rem alioqui circa instrumentorum amissionem, non parvi ponderis esse, apparet. Et quidem de testamentis statuendum videtur, ea non valere, si authenticum tempore mortis non extiterit. Quod si testes non modo de contentis, sed etiam de omnibus testamenti requisitis adseverare possent, quod difficulter eveniet, dicendum foret, petitionem quasi e testamento fieri posse, secundum *l. 1. §. 3. de His, quæ in testam. del. inluc. d. l. un.* quia scriptura pertinet ad essentiam testamenti, quod tempore mortis demum habet suam perfectionem; id autem de scriptura testamenti factioni adhibita, hoc est de authentica sola, verum est. *d. l. un.* Proinde licet exemplum optima fide publiceque vel ab ipso testatore cum authentico collatum sit, difficile tamen dictu est, si authenticum tempore mortis non extet, exemplum quomodocunque recognitum habere vim testamenti; certe, nisi hæres, testatorem in eadem voluntate ad extremum usque perseverasse, vel exemplum illud habuisse pro authentico, probaverit. Non minor difficultas se proderet, si quis ad antiquum debitum, principali obligatione amissa, petendum, exemplo αὐθεντικῶς recognito uteretur; utique, nisi a partibus id exemplum fuisset agnitum, vel ea gratia ex authentico descriptum esset, ut hoc abolito, illud pro authentico valeret. Alioqui si justa sit causa dubitandi, an instrumentum principale non sit abolitum, cancellatum, aut apocha inductum, non facile ex eo solo dabitur petitio adversus negantem se debere, atque in alieno versantem facto: ut probatio solutionis ab eo nequaquam exigi possit. Idem obstabit, si creditor amisso instrumento per testes probet, obligationem fuisse contractam. Nec enim ita potest fundari petitio veteris debiti, contra negantes, nisi probari possit, quando perierit, & quod ante ἀμέσως, immediate in vigore fuerit.

31. Hinc adeo difficilis est usus ejus juris, quod habetur in *l. 57. de Administr. Tut.* ubi instrumentis incendio absumptis, ex inventario actiones institui posse dicuntur. Hoc enim ut procedat, constare debet, instrumenta nuper extitisse, & in domo combusta fuisse; id enim ponitur in *d. l.* 57. Nec ita res difficultate caret. Meo tempore ventilata est ejusmodi quæstio; tutor per tumultuariam fugam anno 1672. coactus erat e finibus Frisiæ migrare in tutiora loca. Pupillus in ea fuga dicebat instrumenta sua periisse, inter alia obligationem ad octingentos florenos philippicos. Hanc summam petebat ex inventario judicialiter facto *d.* 8. *Octobr.* 1668. Commissarius & duo, qui subscripserant inventario, testaban-

bantur, obligationem tunc fuisse præ manibus; accedebat verisimilis, sed non plena probatio, instrumentum illud in ea fuga periisse. Ex eo post decennium fere pupillus movit actionem debitoribus, aut eorum hæredibus, qui negabant se debere. Cum autem ille nihil proferret quam inventarium, in quo nomina simpliciter & summatim recensebantur, major pars dominorum non censuit, ex eo solo dandam esse condemnationem; cum nec instrumentum eo tempore periisse, vel quo tempore id evenisset, exacte demonstrari posset, nec, an solutione debitum non fuisset peremptum. Movebat etiam, quod inventarium minus solenniter & exacte compositum esset: in causa *Swæntie Pieters Impr.* contra *Loytien Kæres Geden. ante fer. N.n.* 1681. Agemus hac de re denuo ad *tit. de Administrat. Tut.* Tu vero ex his aliisque supra dictis observa sis iterum, quam necessarius sit usus protocollorum. Item, patremfamilias recte facere, si authenticum obligationis instrumentum, quod redemit, custodiat, ne ex descriptis aliquando conveniatur. Denique, multa opus esse judicum prudentia in omni hac probationum materia.

TIT. V.

De Testibus.

I. Discrimen inter causas arcendi testes, & reprobandi, ejusque usus. II. QUINAM PENITUS ARCEANTUR, ubi variæ observationes. III. Quinam in certis causis, primo de subjectis in causa Principis. IV. De mutis, surdis, & cæcis. V. De mulieribus, & minoribus annis 25. & hæreticis. VI. Quilibet in sua causa. VII. Socii negotiorum & Criminum, non municipes. VIII. Advocati, Executores negotiorum, & quid hi, ad I.ult. h. t. item proxenetæ. IX. Judices in causis officii sui. X. Domesticos prohiberi, & quinam illi. XI. An & famuli ingenui. An fratres atque sorores. XII. De amicitia atque inimicitia. XIII. Personæ quæ non absolute prohibentur, sed minus fidei merentur, ut: infames vulgariter, viles, hæretici, cognati. XIV. Quibus invitis testimonium denuntiari nequeat. XV. An hoc in causis quoque civilibus obtineat. XVI. An adfinitate soluta, duret privilegium. XVII. An Advocatus sit inter eos. XVIII. Quot testes requirantur, & de multis singularibus. XIX. Plus minusve fidei non pendere semper a numero, sed & a ratione scientiæ. XX. De testibus auritis, & oculatis. XXI. An specialiter rogandi. XXII. Modus & locus producendi. XXIII. Quibus necessitas veniendi in locum judicii remittatur. XXIV. An testes coram adversariis examinandi. XXV. De juramento testium. XXVI. Quid adversario faciendum ante testium examinationem. XXVII. Quæstio peculiaris in eam rem. XXVIII. Alia quæstio huc pertinens. XXIX. De articulis interrogatoriis. XXX. Qua forma testem respondere, & responsa scribi debeant. XXXI. De reprobatione testium. XXXII. Quot productionibus uti liceat. XXXIII. Judicis officium post omnia. XXXIV. De testibus extra vel ante judicium. XXXV. De testibus in perpetuam rei memoriam.

(a) CONstantinus Augustus ad populum; *In exercendis litibus eandem vim obtinent, tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. l. 15. C. de fid. instrum.* De testibus igitur agendi locus est præsentis rubricæ. De fide effectuque probandi, quem habent testes, non erit perplexa quæstio, sed quinam admittendi sint ad testimonium perhibendum, difficilius explanatur. Summa distinctio & observatio est, testes aut prohiberi penitus, aut reprobari duntaxat. Prohibentur, qui plane non audiuntur; reprobantur, qui-

(a) *Pos.* 1.

quibus auditis aliquid objici potest, † quominus fidem mereantur. Ob primum genus caussarum, ubi testes producuntur, ab adversario fieri debet oppositio, superque eo lis obiter, an sit talis, quem lex arceat, ventilatur: nam si de facto id constet, vel non audiendus est a judice, vel dicta ejus pro nullis habentur, ut nec ulla opus sit lite. Sed quia judex ultro vix cuiquam negat audientiam, & tamen ut ejusmodi testes audiantur, non caret præjudicio, semper ubi talis aliquis producitur, adversarius omittere non debet, quin se opponat examini, & fiat lis incidens. Imo plerumque, tametsi causæ non tam sint juridicæ ad arcendum, quam probabiles ad reprobandum, si paulo prægnantiores sint, oppositione solent uti; quod alioqui judices disputationibus reprobatoriis animum vix attendere soleant, nisi per oppositionem *in forma*, ut ita loquar, urgeantur. Argumenta reprobatoria vocabulo e Latino, Gallica corruptione, *Reproches* in foro appellantur. Quæ vero sint causæ testes omnino arcendi, quæ sint reprobatoriæ, ex sequentibus patebit.

2. (b) Personæ prohibitæ vel ab omnibus arcentur testimoniis, vel a certis duntaxat. Ab omnibus qui prohibentur, sunt I. SERVUS, etenim testis, homo liber esse debet, *l.* 11. *C. h. t.* & servi ab omni juris communicatione precluduntur, *l.* 20. §. 7. *Qui testam. fac.* ut tamen in subsidium, aliaque probatione deficiente, fuerint auditi, *l.* 7. *h.* etiam contra dominos in certis causis. *l.* 53. *de Judic.* II. Furiosi & DEMENTES, *l.* 20. §. 4. *qui test. fac. poss.* ubi a testamentis quidem arcentur, sed ratio est generalis, *cum non sit compos mentis*, & quia nullum negotium gerere idonei sunt. §. *Furiosus.* 8. *de inutil. stipul.* Quæ ratio cum cesset in PRODIGIS, qui ingenio sæpe non destituuntur, hi a testimonio penitus repellendi non videbantur, sed luxuria & malitia meriti sunt, ut pro furiosis hac etiam parte habeantur. *l.* 18. *Qui testam. fac. arg. l.* 40. *de R. J. l.* 6. *de V. O. l.* 12. §. *ult. de Tut. & Curat. dat.* D. Matthæ *d. disp.* 9. *th.* 6. III. SURDI etiam *mutique simul*, omnino prohibentur, in §. *testes.* 6. *I. de Testam. ordin.* ubi de testamentis quidem agitur; Sed in judiciis nihilo magis admitti possunt, quia nec interrogationes audire, nec responsa efferre possunt, quod est necessarium in *l.* 3. §. 1. *in fin. h. t.* Verum surdi, mutive tantum, sive seorsim ita affecti, magis est ut inter eos, qui secundum quid prohibentur, referendi videantur, ut *mox videbimus*.

IV. IMPUBERES penitus prohibentur, *d. l.* 3. §. *pen.* quo loco ex lege Julia de Vi prohibitio illa descendere dicitur: sed non est dubium, quin ubique valeat, *l.* 19. §. 1. *h. t.* nec fallit regula in pubertate proximis, ut vult Bachov. *not. ad Wesenb. n.* 3. Refertur autem hæc ætas ad tempus ferendi testimonii, non ad tempus rerum perceptarum: ideoque si puberes facti, de rebus, quæ pubertate proximis obtigere, cum ratione adseverateque testentur, nihil est causæ, cur iis credendum non sit, ut Dd. communiter, teste A. Matthæo 9. *de Judic. n.* 10. Scilicet, ad fidem probationis faciendam, impuberes ipso jure prohibentur: sed ad præsumptionem colligendam audiri possunt, & audiuntur, etiam in criminalibus, maxime si quid ipsis evenerit; quomodo duas puellas jussu Curiæ, commissarius an. 1680. propterea quod fœdo modo a quodam reo contrectatæ indigneque habitæ dicebantur, examinavi: quia tamen nihil quam illarum adseveratio extabat, ne quidem ad tormenta, homo nec alioqui malus, est condemnatus: ad quæ tamen in atrocioribus delictis, ubi aliæ præsumptiones suffragarentur, sæpe valuerunt: quomodo Nauta refert puerum octennem, cum de homicidio probando ageretur, fuisse examinatum, *d.* 10. *Jun.* 1645. at tum scilicet, absque juramento, quod ætas illa non capit. *l.* 34. §. 2. *de Jurejur.* V. Qui judicio publico DAMNATI, nec restituti sunt. *d. l.* 3. §. 5. VI. Qui se ad pugnam cum BESTIIS locaverunt. *ibid.* VII. Ut & qui pecuniam testimonii dicendi causa vel non dicendi causa acceperit. VIII. Denique SCORTA publica, *l.* 3. §. 5. *h. t.* ubi legis quidem Juliæ fit mentio, sed generalem esse prohibitio-

(b) *Pos.* 2. & 3.

† Testes penitus prohibiti, a Judice ne quidem citari debent: omni exceptione non majores, aut, qui inviti testimonium non dicunt, citati comparent, ex his posterioris generis testes suos in termino exceptiones proponant, aut si, se cogi non posse, satis constet, scripto sua jura ante terminum allegant, quibus parendum esse, si in sententia postea pronunciatur, sumptus a se factos a producente omnino possunt repetere. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 22. §. 2. Caeterum, si testis respondere, ut responsurum productus admittere nolit, super exceptionibus ejusmodi judicis est arbitrium, cui si stare nolit testis, aut productus, observanda, quæ occasione interrogatoriorum, *ib. Tit.* 20. §. 8. statuta, *d. Tit.* §. 9.

hibitionis intentionem, patet ab impuberis exemplo, & ex *l. 14. l. 15. pr. & l. 16. h. t.* Græcos in *basilicis lib. 21. tit. 1. §. 4.* ad legem Juliam hæc restringere, scribit D. Matthæus *d. disp. th.* 12. Atqui ita scribunt, *περὶ βίας οὐ μαρτυροῦσι*, *de vi testimonium non dicunt* supra dicti; quibus nihil diversum dicunt a verbis Callistrati in *d. l. 3. §. 5. Lege Julia de vi cavetur &c.* Usum vero prohibitionis esse generalem, non magis illi negant, quam Callistratus, & Scholiastæ Græci ad *d. locum Basil.* diserte adfirmant. Iidem Scholiastæ, ex Constitutione recentiore, scortis addunt LENONES *τοὺς μαστρωπίαν ποιοῦντας*, & merito. Idque ita servatur, Curiæque nostræ visum est id quodam lenone & ejus uxore, in suburbio Leovardiensi, qui de rebus domi suæ gestis erant deposituri, in causa *Henrici Conteri*, *contra H. de H. ante ferias natalit.* 1679.

IX. In *d. l. 3. §. 5.* damnatis judicio publico subjicitur, *Quive in* VINCULIS *custodiave publica erit.* Hæc verba sic collocantur seorsim ac ita vulgo recensentur, quasi omnes in vinculis publicis detenti, ab omni testimonio excluderentur, ut nec audiri possent; quod non habet rationem, cum etiam ob æs alienam & modica delicta carcerum coloni fiant; enimvero ut talium rerum suspecti pro intestabilibus habeantur, iniquum foret. *l. 1. C. de His, qui infam.* Videndum igitur, ne non aliter sit interpungendus hic locus, quam sit, hoc modo. *Quive impuberes erunt. Quive in judicio publico damnatus erit, qui eorum in integrum restitutus non erit, quive in vinculis, custodiave publica erit. Quive ad bestias &c.* Ut ita *τὸ in vinculis* a judiciis publicis dependeat. Vulgo autem hæc verba, *quive in vinculis*, duobus punctis a prioribus distinguuntur, ut reliqui separatim & per se prohibiti; at in Basilicis cum judicio publico damnatis conjunguntur. Gothofredus autem ad *d. l. 3. §. 5.* etsi punctis separat hoc colon, non intelligit tamen vinculis addictos aliter a testimonio excludi, quam post damnationem, diserte contra textum, qui utrosque & damnatos & carcere detentos exprimit.

X. Qui ob *carmen famosum* damnati sunt, etiam penitus a testimoniis arcentur. *l. 21. pr. h. t. l. 5. §. 9. de Injur.* XI. Pagani, * apostatæ, id est, defectores a fide christiana; item insignes hæretici, *l. 4. & pen. C. de Hæret. & Manich.* Quinam vero tales, alibi videndum; utique moribus hodiernis hæc res tam rigide non habetur. XII. Postremo, ad intestabilium ordinem liberi perduellium referuntur. *l. quisquis 5. C. ad L. Jul. Majest.* Quod etiam ut nimis rigidum, usu forensi non videtur prosequendum, ut nec cætera, quæ in *d. l. 5.* liberis ob parentum crimen imputantur. XIII. Postremo, qui ob turpitudinem Senatu moti sunt, Lege Julia testimonium dicere prohibentur. *l. 2. de Senator.* Denique omnes, qui vel edicto vel lege sententiave judicis infamia sunt notati, inter absolute prohibitos esse habendos, sentiunt Dd. *communiter* eosque secutus A. Matthæus *d. disp. 9. th. 13.* sed capita legum ab iis adducta id minime probant; nec solemus exceptiones nominatim a legibus factas, ad dissimilia, sicut heic eveniret, extendere. Infra in prohibitione speciali *videbimus*.

CAUSÆ PROHIBITIONIS TESTIUM SPECIALES.

3. (c) Sequuntur igitur prohibitiones speciales eorum, qui certarum causarum hominumve respectu excluduntur, quales sunt primo LIBERTI, qui non poterant adversus patronos testari, *d. l. 3. §. 5. in pr. d. l. 12. C. h. t. l. 10. §. 4. de Quæstion.* propter inæstimabile beneficium libertatis, quod ab his acceperunt. *d. l. 3. §. 5.* Quæ ratio facit, ut nec pro patronis adhiberi potuerint. A. Matth. *d. disp. 9. th. 3.* A libertis ad vasallos solent argumentari Doctores, Sichard. ad *l. 12. C. de Testib.* 3. Wesenbec. *ad h. tit. n. 3.* parum justa analogia, quatenus liberti veteres multo arctius patronis, quam vasalli feudorum dominis erant obstricti. Fuisse ea de re quæstionem, indicant Gerardus & Obertus, sed definiunt in hoc, quod vasallum in criminalibus consistere posse negant, in civilibus concedant, de *Consuetud. recti Feud. §. 2.* Ad vasallos accedunt proxime SUBDITI respectu *Principum* suorum, quos in eorum causa non posse testes esse, statuunt Accursius, Donellus, aliique apud D. Matthæum *n. 18.* qui tamen iis testimonii dictionem concedit, si jusjurandum

(c) *Pos.* 8.

* Ergo Judæi quoque, in causis judicialibus contra Christianos ad testimonium non admittuntur. *a. l. 21. C. de hæret. j.* Autor *infra pos. 11. h. t.* Sed secund. *Weichb. art. fin.* si duo Judæi cum teste Christiano concurrant, pro inhabilibus non sunt habendi. Carpz. *P. 1. c. 16. def. 13. n. 4.* Soli ergo etiam apud nos vix judæi fidem faciunt. Schilt. *ad ff. Ex. 85. th. 23. ff.*

dum subjectionis civibus remissum sit, quod etiam requirit D. Wissenbach. ad *h. tit. n.* 31. Tu, nisi fallor, rectius dixeris, subjectos imperio non prohiberi esse testes, at non esse habendos omni exceptione majores, siquidem aliorum testium copia possit haberi. *arg. l.* 5. *C. de Test.* Sed remissio jurisjurandi subjectionis, nihil ad juris rationem pertinet; quia locum habet in iis, quæ ad regimen Reipubl. spectant, non in patrimonialibus, nec cives ad veritatis tesseram ullo modo commutandam obligat. Obstat fidei talis testimonii, metus a potentatu, vel a gratia superioris: qui remisso jurejurando non cessat, quamdiu subjectus imperio manet.

SCHOLIUM.

Ita tamen receptum est in praxi. * *Nec obstat ratio Auctoris, quia in evitandis perjuriis etiam conscientiis erroneis aliquid indulgendum.*

RESPONSIO.

Non intercedimus, quominus testi conscientiæ scrupulum moventi, jusjurandum subjectionis remittatur. Nostra juris est quæstio, an ejus remissio vere ad testimonii fidem requiratur; quod, cum hæ res plane diversi generis sint, non videtur dicendum.

4. Secunda specialis prohibitio, est in *Surdis*, utique si de veritatibus, quæ ex auditu constare debent, agatur. In cæteris causis videntur admittendi, si veritas aliter constare nequeat: nam si possint haberi, cum quibus verba commutari queant, hos esse præferendos, nemo dubitat. Quin si literarum, hoc est legendi imperiti sint, verius est, surdos plane non admittendos, quia interrogandi & respondendi vices ad testium examina sunt necessariæ. *l.* 3. §. 1. *in fin. h. t.* Hæc ratio *Mutos* etiam scribendi imperitos, arcet penitus: nam ut signa gestuum pro responsis habeantur fidemque faciant, ut vult Farinacius *tract. de Test. quæst.* 16. eumque secutus Bachovius *not. par. ad h. t. n.* 3. gravitas judiciorum admittere non videtur; cum illa signa nec habeant infallibilem significationem, nec, si aliquando, ubi præsentia tacitoque saltem consensu opus est, sufficiant, *l.* 48. *de O. & A.* *l.* 124. *de R. J.* ideo adversus tertium admitti debeant. D. A. Matthæus, nequidem scribendi legendique peritos admittit surdos & mutos, Donellum ac Hotomannum secutus, cum argumento *d. l.* 48. & *l.* 124. tum per *l.* 3. §. 3. *h. t.* scilicet, verbis opus esse, neque scripta testimonia vim habere probandi. Quod est verum de attestationibus, quæ extra judicium scriptæ, in judicio proferuntur: sed ut depositiones, in judicio a testibus ipsis conscriptæ, eodem jure censeantur; cum scripto æque mens hominum exprimi possit quam verbis, non habet rationem. Harmenop. Ἄλλη ἐςιν αὐθεντία τῶν παρόντων μαρτύρων, καὶ ἄλλη ἡ τῶν ἀναγινωσκομένων ἐκ μαρτυρίων. Alia est auctoritas præsentium testium, & alia testimoniorum quæ leguntur. *l.* 1. *n.* 6. *n.* 21. De *Cæcis* non est tantum dubii; prohibentur in ejusmodi causis, quarum veritas, nisi ex visu, cognosci non potest. Cum enim *Cæcus* ab aliis causis non excludatur, cum & interrogationes audire; responsa reddere possit, judicioque non sit imminuto, denique judicis officio fungatur, *l.* 6. *de Judic.* nihil obstare potest; etsi Doctores antiqui eum juxta mutos & surdos hac etiam in parte collocent, eosque secutus Wesenbec. ad *h. tit. n.* 3.

5. (d) Ad speciales prohibitiones præterea pertinent, *mulieres*, & *minores* anni XX. Mulieres in testamentis prohibentur. §. 6. *I. de Testam. ordin.* Item adulterii damnatæ, *l.* 20. §. 6. *Qui Testam. fac.* ubi ex illis exceptionibus recte colligitur, mulierem in aliis recte testem produci, secus ac Harmenopulus, qui mulieres negat esse testes, nisi in ejusmodi negotiis, quibus viri non interveniunt. Αἱ γυναῖκες καὶ οἱ ἄνηβοι ἀπείργονται μαρτυρεῖν, αἱ δὲ γυναῖκες μαρτυροῦσιν, ἔνθα ἡ τῶν ἀνδρῶν βία ἀπείργεται. *Mulieres & impuberes arcentur a testimonio; sed mulieres testantur in ejusmodi rebus, unde virorum violentia excluditur.* Promptuar. *l.* 1. *c.* 6. *n.* 14. Verum plura habet illic Harmenopulus, quæ cum in juris libris non extent, a nobis negligenda sunt, inter quæ & hoc, quod in §. 41. ad civiles causas requirit ætatis χρόνους δέκα ὀκτώ, *annos octodecim.* Sed minores annis viginti in criminalibus prohibentur, si ab accusatore producantur, *l.* 20. *h. t.* unde limitatio quibusdam probatur, judicem ex officio minorem annis 20. testem

(d) *Pos.* 4.

* Adeo quidem, ut morosi in relaxatione compelli queant præcepto pœnali, aut comminatione, *dass die Zeugen widrigen Falls von der Pflicht erlassen gehalten werden sollen,* ceu factum in *Supr. Curia Prov. Lips. M. Febr.* 1698. quamvis Ill. etiam Menckenio ad *O. P. S. tit.* 10. §. 14. monente, satius fuerit, observantia hac eliminata, explicari vim juramenti subjectionis subditis, inculcarique diligenter, illud, quominus veritatem strenue dicant, nihil impedire. Si tamen cui, ut sunt mentes hominum aliquando plane indociles in talibus, scrupulus eximi non possit, fragilitati humanæ mos erit gerendus, & absolvendus subditus saltim, ut *c.* 10. *X. de Test.* ait, *ad cautelam.*

fiem admittere posse. Carpzov. *part.* 3. *Crim. Quæst.* 114. *n.* 24. Idem habet aliam limitationem, *si veritas aliter haberi nequeat & delicta sint difficilis probationis*, qualia furtum, adulterium, suppositio partus, simonia, & omnia nocturno tempore commissa. *n* 35. Hæ limitationes, etsi legum suffragio careant, non tamen ratione destituuntur, ideoque in foro admitti videntur, maxime conjunctim, ut in talibus causis officio judicis aliquando admittantur. Imo forte an etiam accusatori producendi permittuntur; ut sæpe procuratori generali, facultas producendi minores annis XX. testes conceditur; utique si confessiem habeant majorem annis 20. eoque casu in rebus difficilis probationis plenam aliquando fidem merentur. Quomodo memoria mea octodecim annorum ancilla cum patrefamilias, plenam fecere fidem in atrocissima effractione ædium nocturna, quæ commissa erat in pago *Eestrum* ante pentecosten 1680. idque non raro & alias usu venisse accepimus, etsi in universum tamen non sit recedendum a definitione juris civilis. A. Matt. *de Crimin. lib.* 48. *tit.* 15. *cap.* 2. *n.* 2. & 11. Ultimo loco Judæi & hæretici non improbissimi, contra orthodoxos produci nequeunt. *l. pen. C. de Hæret.* Paganis & improbioribus hæreticis omnino prohibendis, ut antea dictum est. At hæc res hodiernis moribus non videtur observari; certe non ubi libertas religionum viget. Sacrificulos tamen Jesuitas aliosque prohibitarum religionum antistites, cum non habeant personam in civitate, testes produci non posse, omnino statuendum est (1).

6. (e) Latius quam priores, patet positio specialis prohibitionis, qua nemo in re sua suorumque testis esse posse dicitur. *l.* 10. *D.* & *l.* 10. *C. h. t.* Propriam causam ab aliena quemadmodum discernimus? Et palam est, eam esse propriam causam; cujus emolumentum vel damnum ad aliquem in totum vel pro parte, suo nomine pertinet, *l.* 1. §. 11. *D. Quand appell. sit.* exceptis legatariis in testamento, ut *suo loco* demonstratum est. Ergo non tantum dominus, vel cui directe jus in re vel ad rem est, intelligitur, sed etiam venditor in causa emptoris, cedens in causa cessionarii, & quicunque reum indemnem præstare debent, *l.* 4. §. 3. *de Appell.* Etsi id necdum constet, si tamen reus id præ se ferat, non potest eundem producere testem, ut Curiæ nostræ visum est in tali causa. Reus ad alio conventus Sempronium vocaverat, ut se præstaret indemnem, quasi ad hoc obligatum; antequam id esset judicatum, volebat eundem producere testem; sed non est admissus, in causa *Dries P.^r R. in Q. q.* contra *Andries Douwes cum sociis. d.* 16. *Mart.* 1680. Sed causa criminis, de qua judicio publico disceptatur, non videtur ejus, qui per illud crimen est læsus, propria: Quoniam agitur ad pœnam corporis, vel mulctam Fisco applicandam, & tota est Reipubl. causa. Idcirco in criminalibus procuratori generali non negantur ejusmodi testes; accedente hac ratione, quod alioqui vix ulla crimina probari atque puniri possent. Si tamen hi, qui læsi sunt, ex eventu judicii emolumentum expectant, velut, si judicium civile pro ipsis super eadem causa vertatur, videndum est, ne testimonium eorum non sit admittendum; qua de re actum in alia causa. Vir quidem spectatus curru vectus in aggere maritimo, puellæ, quam prætervehebatur, per lasciviam flagellum instar laquei collo circumjecerat, eamque per aliquod spatium, pendentem protraxerat, quo nomine a Procuratore Generali & a puella injuriarum simul conveniebatur. Producta testis ab illo, puella, non est admissa, quæ admittenda fuisset, si pecuniarium ejus commodum inde non pependisset ἀμέσως. 6. *Decembr.* 1680. Pro testimonio in causa propria sumitur etiam, declaratio mulieris innuptæ & imprægnatæ vel parientis, quod e tali vel tali sit impleta, ut probat Sandius *lib.* 1. *tit.* 10. *def.* 2. Quæ tamen positio recipit hanc limitationem; nisi manifestum sit, mulieris declarationem non pertinere ad ullum ejus commodum, sed potius ad aggravandam ejus conditionem. Velut si virgo vel vidua locuples, imprægnatam se fateatur a Viro uxorato; cum illa confessio neque lucri, nec matrimonii conciliandi gratia fiat, eam non parum habere ponderis, nec ut in re sua editam, esse rejiciendam, vult ratio & usus exemplis non deficientibus.

7. Neque tantum in causa plane sua; sed etiam *ex parte propria*, testes æque prohibentur,

(e) *Pos.* 5.

(1) *Non video quomodo cum hac tantopere decantata religionis libertate, subsistere possit avita religionis prohibitio, quam eo usque extendendam putat Auctor, ut Sacerdotes (quos per derisum Sacrificulos vocat) testes produci non posse statuat. Apud nos certe non facile rejicerentur testimonia illorum, quos Auctor verbi divini ministros vocat, modo aliunde nihil iis objici posset.*

tur, quando scilicet de re communi agitur eodemque defensionis genere uterque in judicio utitur, per *l. 1. C. de Comm.rer.alien l. 10.§.ult.de Appell. & Dd.comm.* A. Matth. *d. disp.6.th.* 21. Idem ad socios criminis extenditur in *l. 11. C.h.t.*tam pro, quam contra reum, *l. ult. C. de Accusat.* Etsi Dd. excipiant aliquot criminum species atrociorum, & quæ nec sine sociis facile, nec cum aliis arbitris committuntur, de quibus Mornacius & Brunnemannus ad *d. l.* 11. At verius est, eos quidem interrogari, minime tamen habere vim testimonii legitimam. A.Matth.*de Crimin.l.*48. *D. tit.* 15. *c.* 2. *n.* 4. Huc potest referri quæstio vulgata de causa universitatis, an singula universitatis membra ejus participia censeantur, adeoque, si universitati cum alia universitate, vel privato, lis sit, an singularum membra, testes in *sua* causa æstimentur. Minime, nisi utilitas inde privatim ad testes redundet, per *l. 6. §.1. in pr. de Rer. div. l. 7. §.1. ff. Quod cujusque univ.* Mornac. & Costal. *ad d. l. 6.*

8. (f) Porro non tantum in causa patrimonialiter propria, sed etiam affectu tali, quam nostram aliquo modo fecimus patrocinando, * administrando, testibus esse non licet. *Mandatis enim cavetur, ne* patroni in causa, *cui patrocinium præstiterunt, testimonium dicant, l. ult. h. t.* idque propter affectum, quo ferri solent erga causas, quibus advocationem vel aliud in judicio ministerium præstiterunt; ad alias enim causas hæc prohibitio non pertinet. Sand. 1.10.t.l. 18. §. 1. *de jur. fisc.*Sed quod additur in *d. l. ult.* Idem *&* in executoribus *negotiorum esse servandum*, habet difficultatem. Etenim si per executores negotiorum intelliguntur, qui in *l.*13.§. *& si quidem* 3. *& l. ult. C.de Judiciis.*& in *l. ult.C. de Princ. agent. in reb.* dicuntur a judicibus dari ad exsequendas sententias, quemadmodum lexicographi, interque eos Brissonius,pro intellectu *d. l. ult.* tradunt; mirari liceat,hos excludi a testimonio, qui maximam fidem de his, quæ in officio publico gessere, merebantur. Quæ res Vivianum & Johannem glossatores movit, ut in *d. l. ult.* putaverint intelligendos procuratores, syndicos & actores, qui a partibus ad *exequendas*, id est, ad finem perducendas lites dantur: quod & Mornacius, notato in contrarium Hotomanno, statuit, probans hanc significationem ex *l. properandum.*13 §.*illo procul dubio.*9. *C. de Judic.*ubi advocatorum honoraria dicuntur a clientibus exigi, per executores negotiorum, qui certe potius ad illum finem fuerint publici executores, ut semper alias nominantur, quam privatorum res agentes. Plane quod ad rem attinet, Mornacius & glossæ vicerint, quos & Gothofredus *ad d. l. ult.* sequitur: etsi de verbi usu juridico probatione laborent. Proxenetæ, pararii, & arbitratores (non arbitri) qui contractibus & transactionibus conciliandis utrinque adhibentur, a testimonio non arcentur, quia talibus maxime in probationibus utimur. Gail.10. *obs.* 15. Cæterum, etsi verba legis generalia sint, ne *patroni vel exsecutores in causis, cui patrocinium præstiterunt, testimonium dicant*, res tamen & ratio vult, id de testimonio pro ipsius cliente dicendo, non etiam contra eundem, esse accipiendum: quominus enim contra, suum clientem ab adversario productus, si velit, admittatur, nihil quod prohibeat esse videtur, ut Costalius & Mornacius *ad d. l. ult.* etsi Catonis dictum sit; *Adversus clientem suum nemo unquam bonus testimonium dixit* apud Gell. *lib.* 5. *c.* 13. An invitus ad testimonium contra suum clientem cogendus sit, inferius videndum erit.

9. Heic de judice quærendum superest, an is in causa, de qua priore instantia judicavit, in casu appellationis (quippe dum est judex, eum testis officio non posse fungi, res loquitur, *c. dilecto. X. de Testib.*) testimonium dicere possit. Non videtur; verendum enim est, ne plus in eam partem, pro qua sententiam dixit, quam in alteram propendeat. De his vero, quæ coram ipso acta sunt, quæque ad ordinem *processus* pertinent,recte interrogatur, ut Costalius *ad d. l. ult.* atque ita judicatum est in Curia nostra, cum nonnulli e judicibus Franekeranis vocati essent ad testimonium,in causa prius a se decisa perhibendum; ut admitterentur quidem in his, quæ ad acta processus, non in iis, quæ ad merita causæ spectabant: etsi in nostris inferioribus dicasteriis ratio affectus ad causæ judicium minus valide obstet, quia non sua, sed juris consultorum sententia res judicant; Curia tamen non recef-

(f) *Pos. 9. & 10.*

* Hinc nec curator mulieris pro curanda sua testis erit idoneus Carpz. P. 1. *Cap.* 16. *def.* 17. quod limitat idem, nisi ad eam litem alius curator datus sit, *l.* 1. *Resp.* 51. *n.* 11. sed ne sic quidem eum testem omni exceptione majorem videri, monitum a Mencken. in *Tr. Synops. ff. tit. de testib. p.* 180.

cessit ad hæc observantia, in causa *Harmen Doedes Requirant en opposeerde*, contra *Bietie Dirks Requireerde en opposante*. d. 9. *Julii* 1650. Idem in arbitriis obtinere, docet analogia, quæ in arbitriis ad judicia exigitur. *l. 1. de Recept. qui arbitr.* Unde ad declarandum laudum sive sententiam compromissoriam, arbiter ipse testis citari, nec recusari potest, etsi deinde fuerit advocatus alterius partis, ut Curia nostra censuit, in causa *Petri Velsen ab Heixan*, *Requir.* contra *Sixtum Wiersma* in qual. Requis. *Ante magnas ferias* 1681.

10. (g) Diximus, prohiberi quemque testem esse non modo in sua, verum quoque in *suorum* causa; quippe domesticos prohiberi testes, satis constat *l. 3. C. h. t.* An vero ita, quemadmodum in testamento, accipiantur pro conjunctis ejusdem potestatis vinculo, ut in *§. 9. Inst. de Testam. ordin.* quæritur. Adfirmat D. Matthæus *d. disp. 9. th.* 25. Negatum a nobis est *ad d. tit.* 10, *n.* 15. *Part. I. pag.* 171. & res ac juris ratio non minus quam textus loquuntur. Nam pater in testamento filii emancipati, potest esse testis, *d. §. 9. I. de test. ordin.* in causa judiciali nullo modo. *l. 9. de Testib. l. 6. C. eod.* Non placet etiam Duarenus, qui *lib. 1. disput. anniverſ. c.* 28. *per h.* domesticos ait esse testes, quicunque sunt ejusdem gentis, familiæ & agnationis, quem hoc nomine merito reprehendit Matthæus *d. th.* 25. Quid vetat mediam eligere sententiam, voci *domus* convenientem? Paulus ita; *Testes eos, quos accusator de domo produxerit, interrogari non placet. l. 24. h.* De domo autem producuntur omnes, qui sub patrisfamilias imperio sunt, *quibus imperari potest*, *l. 6. h.* Familia proprie dicta continetur domo; unde Græci familiam vocant οἶκον, id est *domum*: In hac autem sunt plures personæ sub unius imperio natura, aut jure sociatæ, *l. 195. §. 2. de V. S.* Natura, ut liberi atque parentes, quorum usque adeo stricta conjunctio est, ut nunquam, licet emancipati & seorsim habitantes, in causa parentum testes adhiberi queant. *d. l. 9. & l. 6.* Personæ jure sociatæ sunt, non modo servi respectu dominorum; sed etiam vir & uxor, quos in suis litibus invicem testari non posse, nulla dubitatio est. *arg. d. l. 195. §. 1. l. 24. de Rit. Nupt. l. 1. de Act. rer. amot.* ac ita *DD. Comm.* A. Matth. *disp. 9. th.* 26. De servis antea dictum est, eos plane a testimoniis arceri. Contra dominum vero specialiter omnique modo prohibentur, *l. 8. C. h. t.* exceptis atrocioribus delictis, in quibus aliquando contra dominos torqueri poterant, *l. 1. §. 16. & l. 18. §. 8. de Quæstion.*

11. De famulis mercede conductis, idem tradit D. Matthæus *d. disp. 9. th.* 26. laudato inter alios Harmenopulo *lib. 1. Tit. 6. §.* ὁ μισθωτὸς, *mercenarius*. Ait Harmenopolus: Ὁ μισθωτὸς εἰς μαρτυρίαν ἐρχόμενος τοῦ μισθωσαμένου ἀπεβλήθη. *Mercenarius ad testimonium ab eo, qui conduxit illum, productus, rejectus est*; loqui videtur de conducto ad testimonium, non ad famulitium. Verum est, conductos famulos domo contineri; sed intelligenda sunt membra domus perpetua; ne quis omnes, qui ad unum panem & ad unum calicem vivunt, comprehendi putet, ut volunt aliqui *DD.* merito *communiter* improbati. Argumentum ex *l. 6. h. t.* non posse testes esse, quibus imperari potest ut testentur, forte locum habeat apud gentes, in quibus famuli conducti pene tam adducte quam servi habeantur; apud nos, cum arbitraria libertate, nec nisi ad tempus agant, hæc ratio non concludit, ut potius inter eos, qui refutentur, quam qui prohibentur, habendi sint. Sic etiam qui colonos in causa dominorum fundi, personis prohibitis adjiciunt, ut Wesenb. *parat. de Test. n.* 4. recte habent, ubi *adscriptitii* sunt coloni, homines proprii, quos servilis esse conditionis, *alibi* dictum est; ad ingenuos agrorum conductores, ratio nulla patitur illud extendi. Atque hæc in usu Fori non habent difficultatem. Maynard. 4. *Decis.* 95.

Sed ad domesticos redeamus. Fratres atque sorores, quamdiu in eadem domo continentur, merito pro domesticis habentur, nec admitti debent, etsi forte sint emancipati, ut recte Sichard. ad *l. 6. C. h. t.* Duaren. 1. *disp. anniv. c.* 28. sed domibus separati fratres atque sorores, domestici esse desinunt; amicitiæ causa suspectum, non prohibitum est eorum testimonium, ut communiorem esse sententiam, tradit Costal. *ad l. 4. h. t.* Ac ita in Foro nostro sæpe judicatum est, olim in *causa Jacobi ab Adeelen*, contra *Dominicum ab Hottinga. d.* 18. *Febr.* 1635. Rursus *inter Titium Nollema*, *& inter Creditores Wopko Hienks Popta. d.* 2. *Febr.* 1680. Alias in causa matrimoniali, cum virgo peteret virum, fidemque sibi datam per tres probaret sorores, patriæ quidem potestati non subjectas, sed una coha-

(g) *Pos. 6. & 7.*

habitantes domo, Curia non censuit admittendas fuisse, nisi ipse reus in priori instantia apud inferiorem judicem, illas admisisset, secundum *l. 17. C. h. t.* in causa *Johannæ Hefslinga Appellat.e & Requirentis, contra Conradum Dose Med. Doctorem, Appellantem & opponentem. d.* 29. *Jun.* 1680. Atque ita in civilibus; In criminalibus fratres sororesque difficilius aut prorsus non admittuntur, ut Dd. *comm.* & Costal. *ad d. l.* 4. nequidem contra, multo minus pro fratribus atque sororibus. *l.* 13. *C. de his, qui accus. non poss.*

12. Postremo ad hunc locum referri potest, quod amicitia testimonium quidem reddere suspectum, prohibere penitus non solet. *l.* 3. *pr. h. l.* 5. & 17. *C. h. t.* Inimicitia si capitalis fit, ut ad criminis accusationem usque procedat, abscisse prohibet testem, sicut eadem prohibitio stat, si quis in causa criminali producatur testis, qui ante in eum reum testimonium dixit, *l.* 23. *h. t.* alioquin inimicitia causam refutandi duntaxat præbet, *Nov.* 90. *cap.* 7. ubi Cujacius. Denique, de his plerisque prohibitionum causis, hæc limitatio prodita est, ut testes domestici aut inhabiles quandoque admoveantur, si genus causarum sit hujusmodi, ut veritas ab aliis, quam ab hujusmodi personis, haberi non possit, qualem ait Costalius *ad. d. l.* 4. esse causam matrimonialem, respectu domesticorum, quod equidem caute accipiendum. Si enim agatur de matrimonio contrahendo, nusquam calidiores in alteram partem sunt propinqui, minimeque tantum fidei quantum extranei, quorum nihil interest, merentur, ut Curiæ nostræ quoque in prædicta causa, & alias in similibus visunt. Sed ubi de plagis mulieri a viro inflictis, deque ejus commessationibus, concubinatibus, aut mulieris contumacia, jurgiis domesticave luxuria, vel de insidijs mutuis quæritur, de quibus rebus nemini facilius, quam domesticis constiterit, in hujusmodi rebus eorum testimonia non negliguntur. *l.* 8. §. 6. *sub fin. C. de Repud. l. ult. C. ad. L. Cornel. de Sicar.* Potuisset ad hunc locum generalem referri, quæ ab initio posita est, prohibitio libertorum, *n.* 3. nec intercedo, quominus inde, si cui lubet, huc πρὸς κοινὸν transferatur.

DE CAUSIS REPROBANDI TESTES.

13. Vidimus, quæ personæ penitus prohibeantur. Addendum, quinam admissi hactenus refutentur, ut ne plenam mereantur fidem. Hi primo sunt, personæ prohibitæ *supra*, quando in exquisitis magni momenti causis, quarum notitia per alios haberi non potest, admittuntur, ut probat communis Dd. Schola ex *l.* 7. *D. Ad Jul. Maj. l.* 4. *C. eod. l.* 31. *C. de Episc. & Cler. l. quoniam, pen. in fin. C. de Heret. & Manich. l.* 12. & *seqq. C. de Quæst. l.* 8. 9. & 10. §. 1. *D. eod. l.* 21. §. 2. *h. t.* Non probari positionem illam firmiter, aut in universum, ex adductis textibus, existimat D. Matthæus in *d. disp. th.* 31. non omnino tamen esse damnandam, statuit idem de *Crimin. l.* 48. *tit.* 15. *c.* 2. *n.* 11. Admittuntur equidem, sed absque plena fide, si per se consistant, neque per alios contestes validasque præsumptiones adjuventur. Igitur juxta hoc requisitum, ne tales vocentur, nisi deficientibus aliis probationibus, addendum omnino, ne aliter ipsis credatur, quam adsit contestis omni exceptione major, aliæque deinde præsumptiones efficaces illius testimonium confirment. Vid. Mornac. in *l.* 3. Hotom. *l.* 2. *C. h. t.* & Wesenbec. *Par. h. n.* 3.

Præterea, ad hunc ordinem referendi videntur *Infames*, qui non habentur in prohibitione abscissa, *l.* 3. §. 5. *h. t.* cum, quod exceptiones ejus loci contrarium supponunt in casibus non exceptis; tum, quia ad judicis officium spectare dicitur, perpendere testimonii, quod tales perhibent, fidem. *l.* 13. *h. t.* Doctores antiqui omnes juris infamia notatos, absolute prohiberi censent, quos sequitur A. Matthæus, ut *supra* jam meminimus. Sed argumenta legum, quibus utitur, id nihilomagis evincunt, quam ratio. Non *lex.* 1. §. 1. *h. t.* quæ testes adhibendos ait, qui non prohibentur. Non *lex.* 2. quæ in testibus fidem, dignitatem, mores spectari monet; quod ipsum præfert nostra thesis. *Lex.* 13. a nobis adducta est. Nec adeo quidquam in eam partem validi profertur. Quid enim alienius, quam ut damnati injuriarum, pro socio, mandative, aut ob aliquem dolum, vel qui fœnoris excessum commiserint, ab omni testimonio penitus arceantur? Recte igitur alii, posse tales audiri, sed vivendum esse judici, quid fidei mereantur Donell. *lib.* 25. *Comm. Cap.* 1. *de Test.* Duar. 2. *disp. anniv. & ad tit. C. de Test. c.* 1. Wissenb. *ad h. t. n.* 13. Nec obstat, quod infamia facti, ut loquuntur, notatos, ejusdem generis esse volunt Dd. usuque fori, ut audiendi sint, etsi minore fidei effectu pro judi-

ci

cis arbitrio, ut idem A. Matthæus auctoresque laudati testantur; nec enim inde sequitur, infames juris omnes absolute arcendos. Cum indefinita latitudo sit admissionis officiique judicis in examinanda fide, dignitate, gravitatem testium, nihil vetat utriusque generis infames, legibus non exceptos, audiri, & suis quemque meritis æstimari. *l.* 2. *h.t.* (h) Viles personæ sordidæque χαμερπεῖς καὶ ἐπιδιφρίους, *abjectos & humi repentes*, quos vocat Justinianus in *Nov.* 90. *c.* 1. illic prohiberi videntur, in urbe regia, scil. ubi copia testium honestiorum haberi potest. Sic enim omnes hujus classis homines inter prohibitos collocari possunt, si non desint aliis fide digniores, ut *dicere occupavimus.* A. Matth. *ibid. n.* 24. *de Crimin. tit.* 15. *c.* 2. *n.* 10. Wissenb. *d.n.* 3.

De Judæis & hæreticis dictum est *superius*, illos prohiberi adversus orthodoxos, nec id tamen usquequaque servari; posse tamen inter reprobationis argumenta referri hodieque, quod testis aliquis sit hæreticus, dicendum videtur: utique, si religionis odio præcellat, quales adversus reformatos pontificii & rigidiores lutherani: (2) ut tamen ea res magis a singulorum moribus, quam universa definitione pendeat; etiam vero ex genere causarum, si a studio partium non sint remotæ. Denique cognatos & omnes adfines, qui non abscisse prohibentur, reprobationi tamen, hoc est diminuendæ fidei argumento, obnoxios haberi, juxta famulos, nutrices, pædagogos, & amicos, dubium non est; lateque admodum patet hujus rei consideratio, ut docet JCtus *in l.* 3. *pr. h. t.* Paul. 5. *sent.* 15.

DE HIS, QUI INVITI NON DICUNT TESTIMONIUM.

14. (i) Testimonii perhibendi publicum est officium, ad quod etiam *inviti* compelluntur, * *l.* 21. §. 1. *h. t. l.* 16. *&* 19. *C. h.t.* etiam prætores aliique magistratus, *d.* §. 1. non tamen Illustres, nisi jussione sacra, *d.l.* 16. exceptis etiam personis proxima necessitudine conjunctis, quales præter parentes, fratres, atque patronos, sunt etiam soceri, generi, vitrici, privigni, statim a sponsalibus contractis, sobrino nati utriusque sexus, & *qui priore gradu sunt. l.* 4. *&* 5. *h. t.* Ad ulteriores igitur gradus hæc legalis exceptio producenda non est, ut velle videntur Græci, nisi alium computandi modum sequantur. Scholiastæ Βασιλικῶν *ad d. l.* 4. Καὶ ἁπλῶς, οὐκ ἀναγκάζεται τις ἄκων μαρτυρεῖν κατά τινος ἐνδοτέρω ὄντος τοῦ ζ βαθμοῦ: *Plane, non cogitur quis invitus testimonium dicere adversus eum, qui infra septimum gradum sit.* Atqui ultimus gradus apud Paulum est, *sobrino natus*, quem esse in quinto gradu, notum est. Forte an error est in *numero* literula expresso, facili ad lapsum; ut scriptum fuerit in Greco ε, quod notat 5. idque longius productum fallere potest pro ζ, quæ est nota 7. Quidquid sit, error non præjudicat veritati. Ultra quintum igitur gradum, non extenditur hæc facultas evitandi necessitatem dicendi testimonii.

15. Sed quæritur, utrum criminalibus sit propria causis, an vero ad civiles quoque pertineat hæc remissio; Basilici de criminalibus tantum accipiunt, *lib.* 21. *tit.* 1. *ad d. l.* 4. Ἄκων οὐδεὶς μαρτυρεῖ ἐπὶ ἐγκληματικοῦ δικαστηρίου κα[illegible] τοῦ ἰδίου πενθεροῦ. *Invitus nemo testatur in judicio criminali contra socerum* &c. Verum Scholiastæ Græci ad Basilica, sumunt generaliter, ut & Latini interpretes, post Accursium *in d. l.* 4. Donellus *d. loc. de Test. c.* 9. Duar. *ad h. t. C. cap.* 2. Wissenb. *par. h. n.* 3. A. Matth. *d. disp. th.* 33. Pro criminalibus argumentum est, quod in *d.l.* 4. privilegium illud propinquitatis, ex lege Julia publicorum judiciorum proficisci dicitur, *in d.l.* 4. Verum ut prohibitiones dicendi testimonii, in *l.* 3. §. 5. ex lege Julia nominatim profectæ generaliter intelliguntur, eodem modo de his casibus æstimandum videtur; etsi non est diffitendum, rationem utilitatis publicæ a sententia Græcorum non abhorrere. Quid enim incommo-

(h) *Pos.* 11. (i) *Pos.* 13.

(2) *Qui Religionis causa proximum odio haberet, in legem Charitatis impingeret: non enim odio, sed potius commiseratione digni sunt, qui cultum perversum sequuntur. Quod si Pontificius odio tam caeco praecelleret, facile largior ejus testimonium ex causa inimicitiæ reprobari posse: & eadem quoque ratione reprobari posset rigidioris Calvinistæ testimonium adversus Pontificium, si & ille religionis odio praecelleret.*

* De pœna testium contumacium, † vide *O. P. S. Tit.* 22. ex quo apparet, eos coerceri mulcta 10. florenorum, inter magistratum & producentem dividenda, quæ, si testes in contumacia perseveraverint, duplicari poterit. *d. Tit.* conf. Suendend. *ad Fibig. p.* 1445. Extra autem Electoratum, pœna est arbitraria & mulcta, si qua dictetur, ad solum magistratum pertinet. J. Carpz. *P.* 1. *C. Fl.* 16. *def.* 49.

† Testes omnem absque discrimine prima vice sub 5. thalerorum pœna citandi, quæ & exigenda & in ulteriori citatione nunquam non geminanda est *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 22. §. 1.

modi non est in eo, quod ad quintum usque gradum propinquos ad fidem veritati præstandam cogere non licet? Nec temere fit, quod cum hac de re in Suprema Curia occasione causæ criminalis ageretur, viros amplissimos jurisque dicendi veteres audivi adfirmantes, ante hac Senatui visum esse, privilegium illud ad accusationes criminum esse restringendum, citabantque rei judicatæ exemplum de anno 1653. In Senatu tamen Parisiensi judicatum esse, adfinem uxoris fratrem, non teneri invitum dicere testimonium, in causa levi injuriarum contra adfinem, 20. *Jul.* 1582. te statur Robertus *lib.* 2. *Rer. judicat. C. ult. in marg. An causæ delictorum civiles hac parte criminalibus æquiparandæ?*

16. Quæsitum est, an adfinitate soluta, duraret adhuc idem privilegium, quod Curiæ nostræ visum fuit, in privigno, qui contra novercam in causa criminali, a procuratore generali citatus erat, cum adfinitatis causa secundis nuptiis pridem mutata fuisset. Excusatus est tamen; cum enim ante nuptias ex solis sponsalibus, reverentia futuræ adfinitatis privilegium illud tribuat, *l.* 5. *h. t.* quidni vetus reverentia in eundem effectum maneat? Verum ad secundum genus adfinitatis non fuit extensum privilegium, quo uxor privigni similiter uti volebat, ne contra novercam mariti testari cogeretur. *d.* 19. *Decemb.* 1680. At hoc eodem tempore placuit, testem citatum & excusantem se, non cogi litem ea causa subire; sufficere, si reus producenti se opponat, atque contendat, excusationem testis in judicio propositam esse admittendam, ejusdem productionem accusatori negandam: ne testis in re aliena se liti implicare cogatur, *in causa Procuratoris Generalis*, contra *Elisabetham Indischer.wen*, *tempore prædicto*.

17. (k) Sæpe movetur, adhuc a nobis dilata quæstio de advocato, an contra suum clientem productus testis, fari cogatur. Ratio dubitandi, quia contra patronum nemo testari cogitur, *d. l.* 4. inter ipsum vero & clientem, patrocinii necessitudo esse videtur, cui accedit modo citatum Catonis dictum; *Pro cliente sæpe contra cognatos, adversus clientem nemo unquam bonus testimonium dixit.* apud Gell. 5. *c.* 15. Senatus quidem Parisiensis, advocatum ad dicendum contra suum clientem testimonium simpliciter cogi posse, judicavit, apud Robertum *lib.* 2. *Rer. judicat. c. ult.* Curiæ nostræ scio ante aliquot annos placuisse distinctionem inter advocatum adhuc actu patrocinantem, ac patrocinio defunctum, ut priore casu excusetur, altero cogatur. Agebatur de secreto causæ, quod *Foppius Tania* advocatus, e cliente suo solus intellexisse dicebatur; eum Curia tum quidem excusavit; dein cliente mortuo, cum ipse hæredibus amplius operam non daret, denuo productus ab adversario; cum res judicata opponeretur, ea, tanquam mutata causa, insuper habita, condemnatus est ad copiam veri faciendam. Convenit hoc ei, quod Argentræus *ad Consuet. Britann. art.* 157. *gl.* 2. monet, non esse cogendum advocatum ita dicere testimonium, ut arcana causæ prodantur. Alii ne hoc quidem admittunt, sed advocatum nihilominus cogendum censent: quod ita verum esse queat, si a testimonio advocati tota causa pendeat. Nec enim permittendum, ut reus alterum e conscii eligendo advocatum, eludat probationem, quomodo apud Quintilianum accusator queritur: *Nihil de advocatione dico, Testem perdidi. Sic proditores corrumpuntur! Declam.* 334. In illa vero causa apud Curiam nostram, de facto quidem secreto, & quod argumentum præberet non spernendum, agebatur, non pertinente tamen ad summam causæ, de quali forte secus judicandum foret.

DE NUMERO ET QUALITATE TESTIUM.

18. (l) De numero testium nihil certi in universum est proditum; nisi quod unus non sit audiendus, ut *supra* dictum ex *l.* 9. *C. de Test. l.* 20. *de Quæstion.* Duo regulariter sufficiunt, ubicunque testium mentio fit simpliciter, quia numerum pluralem apud Latinos, qui *duali* carent, duobus esse contentum novimus, *l.* 12. *h.* Sic tamen ut lex, veluti in testamentis, aut judex, justa ex causa plures requirere possint. *l.* 1. §. *ult.* & *l.* 3. §. 2. *ubi numerus testium*, *h. t* Nec quidem in tantum ex ratione juris valet unus testis, ut juramentum suppletionis actori deferatur; qua de re tamen videnda, quæ diximus ad *tit. de Jurejur. n.* 13. *Parte II. pag.* 385. atque *ad tit. de Probat. n.* 2. Excipitur recte casus, si convenerit inter partes, ut unius testimonio stetur, in causis quidem civilibus, non æque in criminalibus. *arg. l.* 26. *de Re Judicatis.* X. *de Testib.* Mynsing. 5. *obs.* 26. *n.* [illegible]

(k) *Pos.* 14. (l) *Pos.* 15. & 16.

A. Matth.

A. Matth. *d. disp. th.* 34. Wissenb. ad *h.t.th.* 32. Ad articulum unius testis referuntur etiam testes singulares, qui de aliis aliisque locis & temporibus deponunt, circa unum eundemque actum; quales contra Susannam testes a Daniele seorsim examinati. Sed Doctores habent varias limitationes de quibus vide Gailium *lib.* 2. *obs.*66.*n.*11. 12.Mynsing. *cent.* 2. *observ.* 20. *& obs.*100. *n.* 6.7. Inter limitationes hæc est; ut si factum aliquod in genere probandum sit, tum singulares testes admittantur; veluti si probandum sit,aliquem esse infamem vel hæreticum. Alii contrarium tenent, ut Mynsingerus refert *cent.* 3. *obs.*76. qui istas opiniones conciliat, nescio an satis tuto Forsitan heic locum habet monitum Hadriani in *l.* 3. §. 2.*h. Quæ argumenta ad quem modum cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. . . nec ad unam probationis speciem cognitio statim alligari debet &c.. Ex sententia animi æstimare oportet. &c.* Certe ut aliquis pro hæretico vel infami habeatur, id a testibus suspendere singularibus, potest esse periculosum, ut, inquam, e pluribus factis per singulos testes probatis conclusio generalis colligatur: fieri tamen potest, ut testes ita conspirent ad eundem finem idemque genus delicti, ut ratio dubitandi nulla sit, quin reus certi criminis sit convictus. Exemplum. Quidam *Antonius de By*, Leovardæ multas mulieres obvias impudice contrectaverat in plateis, in ædibus vim quibusdam facere conatus erat, omnia noctu, idque diu continuaverat magno cum terrore mollioris sexus. Testes omnes de eo, quod sibi seorsim evenerat, deponebant; Curia tamen non dubitavit, eas esse conjungendas rerumque pro convicto habendum, *d.* 21. *Mart.* 1645. Aliud; *Christianus Siambourg* tributorum collector, accusatus extorsisse tributa hominibus, qui non debebant, quibusdam reddidisse, aliis secus, pro convicto, me referente, est habitus, etsi de pluribus & singulis concussionibus nonnisi testes essent singulares, ante *ferias Caniculares* 1680. Alius haud multo, post refiduorum accusatus, quod vehiculis præfectus in castris, longe majorem pecuniæ summam a Republ. quam illis impenderat, accepisset, nonnisi per singulos aurigas de eo, quod sibi evenerat, deponentibus, est convictus & condemnatus. *Omnibus scilicet in unum rei finem conspirantibus & concordantibus*, ut est in *l.* 16. *C. de Pæn.*

19. Quamvis autem quod plures ajunt, plus fidei mereatur, quam quod pauci, non semper tamen numerus testium vincit, aliquando *dignitas* & *auctoritas* pluris est quam numerus. *d. l.* 3.§.2.*h. Non oportet respici ad multitudinem, sed ad sinceram testimoniorum fidem, & testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit. l.* 21. §. 3. *h.* Inprimis advertendum, si res non simplici perceptione, sed rationabili constet, quis meliorem scientiæ causam reddere possit. Exemplum satis notabile accidit apud Curiam hujusmodi. Magistratus *Worcumanus* conveniebat artificem rei metallariæ, cujus culpa majorem campanam urbis suæ ruptam arguebant, ex eo, quod malleum intus pendulum nimis ponderosum fecisset; in quam rem quatuor habebant testes, e quibus tres erant artifices ejusdem professionis, qui adfirmabant, campanam præ nimio pondere mallei esse ruptam. Rogati causam scientiæ, respondebant; ita sibi videri. Reus alios producebat testes duos ejusdem artis peritos, qui campanam ea causa non fuisse ruptam adfirmabant, & causam scientiæ hanc reddebant: campanam *talis* diametri esse *tanti* ponderis; mallei pondus non esse nimium, si non exederet proportionem trium & semissis a centum totius campanæ: hunc autem malleum consistere cis & intra illam proportionem, ratione ponderis ejus ex diametro collecti: quanquam Worcumani campanam pendi, ac ita pondus ejus exacte colligi non permiserant. Reus etiam, etsi non plene probabat, se monuisse Worcumanos, ne tam valide campanam quaterent, atque ut situm ejus, quia tritis erat lateribus ea parte, qua tum pulsabatur, mutarent;reus absolutus non tam his adjutoriis, quam duorum fide testium adversus quatuor consentientium. *Nicolaus Joh. Adama cum soc. in qual.* contra *Wilhelmum Sprakel ante ferias Natal.* 1680.

20. Huc etiam pertinet, quod testes oculati præferuntur auritis, etsi de auditu testes ideo non sint rejiciendi, utique si ipsi audiverint, potius quam si ex aliis se audisse narrent: neque tamen ejusmodi adsertiones in rebus antiquis & publicis semper contemnendæ sunt. *l.* 28. *de Probat. l.* 2. §. 8. *de Aqu. pluv.arc.* Quod si quis ipse audiverit rem solo auditu constantem, nihilo minoris est fidei quam qui vidit rem solo visu percipiaptam: Etsi in comparatione, quanto quisque viderit accuratius, tanto certior habendus est testis, ut

ut tamen gradus non variet speciem. Exempli gratia. Effractio, rapina & vis publica noctu, atrocissima in agro commissa fuerat. Duo testes erant. Famula domus se ex duobus fratribus primum vidisse ac in faciem intuitum esse, clareque cognovisse testabatur, alterum non plane agnoverat: paterfamilias secundum fratrem distincte ex ipsa facie agnoverat, primum etiam cognoverat e vestitu, mole corporis & tono vocis, ut constanter adseveraret, eum a se cognitum, certoque adfuisse facinori. Testimonium hoc respectu primi plenæ fidei est habitum, & primus frater, ut duobus testibus convictus, est condemnatus; alter etsi uno teste gravissimisque præsumptionibus dux & auctor sceleris habitus, non potuit tamen nisi quæstioni, ad quam se mire duraverat, delegari, *ante ferias Pentecost.* 1680.

21. An & testes rogati specialiter, fortuito intervenientibus præferuntur? Ita in testamentis præcise requiritur. *l.* 21. *§. pen. Qui testam. fac.* In instrumentis conficiendis idem fere observatur, *l.*18. *C. h.t. Nov.* 90. *c.* 2. aliis rebus inopinatis nihil interest. *l.* 11. *h. t.*

DE MODO ET RATIONE TESTES EXAMINANDI.

22. Sequitur modus & ratio testes producendi, atque examinandi. † Primo sumptus a producente repræsentandi sunt, †† pro cujusque dignitate. *l.*3.*§.ult. h. l.* 11. *C. h. & l.* 6. *§.*2.*C. de Appell.* Frisii pro antiqua frugalitate sua, nobili vel nobilibus pari personæ foris evocatæ adsignant binos in diem florenos, id est, quinta parte minus quam thalerum imperialem; si in loco judicii *deponant*, unum modo florenum capiunt, si velint: plebejis utroque casu dimidium ejus, quod nobili datur, sufficere visum, idque tam pro vocatione, quam pro expensis. *Stat. l.* 3. *tit.*33.*cap. getuigen.* Quod si adversarius in expensas condemnetur, producens ea, quæ expendit, recuperat *scilicet.* Debent autem ipsi testes examinari, neque sufficiunt probatæ exhibitæque in judicio depositiones, de quibus Hadrianus Cæsar testibus *se*, *non testimoniis* crediturum, abrupte rescribit in *l.* 3. *§.*3.*h.t.* Proinde licet mortui sint testes, scriptis eorum attestationibus fidem non esse habendam, verius est; quatenus creberrime compertum est, eas leviter, ex gratia, dictantibus sæpe iis, quibus serviunt, conscribi; denique sæpius evenire, ut ab ipsis in judicio testibus juratis, interrogatis, examinatis, aliter res exponantur. (m) Sed an absentes per alios judices, quam ubi causa agitatur, examinari possunt? In civilibus, ita; de criminalibus secus esse cautum, scribit A. Matth. *d. disp.* 9. *th.* 73 quod a ratione non abhorret, at in textibus ab illo citatis non extat. *l.* 3. *§.* 3. *h. l.* 16. *& l.* 19. *C. h. t.* Quin lex 16. tam in criminalibus quam civilibus jubet testes vel *propria voce testimonium ferre, vel si non adfuerint, mitti ad eos procuratores partium, apud quos deponant quæ noverint, vel dejerent quæ ignorant*: idque ita in foro nostro servatum memini, ut, si testes in criminalibus ad locum judicii venire nolint, aut nequeant, advocati partium mittantur ad locum examinis.

23. (n) Necessitas autem veniendi ad locum judicii in civilibus etiam pluribus remittitur, militibus, senibus, valetudinariis, magistratibus, Reip. causa absentibus, publicanis in statione occupatis, & generaliter quibus venire non licet ex justa causa, *l.*3.*§. ult.l.*8.*& l.*19. *h. t.* ubi tales inviti dicuntur non perhibere testimonium; quod non ita capiendum, quasi testimonio dicendo subducere se queant, sed quod sine contumacia differre suum adventum, vel quod domi suæ, aut illic ubi agunt, examinandi sint, quem honorem volunt leges episcopis esse habendum. *l.* 7. *& Auth. Sed judex C. de Episc. & Cler.* Moribus nostris, hæ excusationes non valent, nisi ob inevitabilem morbi aut absentiæ necessitatem, quo casu ju-

(m) *Pos.* 20. (n) *Pos.* 19.

† Si testes non sunt eidem judici, coram quo causa agitur, subjecti, producto ante tres hebdomadas, quam requisitoriales transmittuntur, articuli insinuandi sunt, ut intra istud spatium interrogatoria sua, & exceptiones contra testes & articulos coram judice requirente proponere queat, qui de his arbitrabitur, illa transmittet. Judicis requisito si nihil non continetur, producentem aut productum de termino facere certiorem, potius testes sub multa citabit, & partibus etiam absentibus examinabit, quo tamen, si volent, & eo nomine judici requisito se offerent, suis sumptibus testes jurare videbunt. O. P. S. E. I. & E. Tit. 21. §. 4.

†† In Saxonia testi intra quartum lapidem degenti, nobili aut nobilibus pari, 2. Unciales pro itineris sumptu, & in singulos dies, quibus in judicii loco commoratur, alii duo unciales, reliquis honoratioris conditionis personis dimidia pars, vilioribus denique civici aut rustici ordinis hominibus in unumquemque lapidem sive milliare 4. grossi, in dies singulos 6. aut 8. grossi, a producente solvantur, ita quidem ut pecuniam una cum articulis, aut intra spatium judici O. P. S. E. I. & E. Tit. 20. §. 7. præfixum offerat, nisi, hoc neglecto ad dupli solutionem se adigi malit, quo casu id quod pœna est, inter judicem & testes dimidiatis portionibus dividetur. In pauperum causa testes eos sumptus petere nequeunt; est tamen eorum etiam in fine litigii, ut aliorum sumptuum pro re nata, ratio habenda. O.P. S. E. I. & E. Tit. 22. §. 9.

judex seu commissarius, in locum, ubi tales personae reperiuntur, se confert; quod & saepe fit, utilitatis causa, ut sumptibus parcatur, ubi ingens testium numerus in eodem loco reperitur, tam in criminalibus quam civilibus causis. Alioqui testes in locum judicii venire mulctae quoque dictione, vel si res majoris momenti, carcere coguntur. Quid autem si testes evocati non statim examinentur? Observare debent judicem per quindecim dies. *l. pen. C. h. t.* At cujus impensis? Si per judicem stet, hic iis impendia dabit, *l.* 3. §. 4. *h.* quae alioquin a producente suppeditantur. *l.* 11. *&* *l.* 16. *C. h. t.* Finitis autem quindecim diebus, testes recedere, nec unquam ut redeant, cogi possunt. *d. l. pen.* Verum illud quindecim dierum spatium, moribus haudquaquam servatur. Statutis nostris hac parte cautum est, ut, si judex commissarius non praesens, aut paratus sit die praefinito testes audire, producens alium ex continenti petere possit commissarium surrogandum. *lib.* 3. *Statut. tit.* 3. *art.* 1.

24. (o) Fuit modus & locus producendi testes, sequitur illos examinandi ratio, de qua prima incidit quaestio, utrum testes seorsim a judice, an utroque litigatore praesente, sint examinandi. Communis est sententia in foro ubique recepta, quod vocandi quidem sint, ut videant jurare testes, examen secreto fieri debeat. Donell. 25. *comm. de testibus c.* 10. Hotoman. ad *l.* 12. *C. de Testib.* Gudelin. 4. *de Jure Noviss. c.* 16. Faber ad *h. t. C. def.* 13. & 52. Dissentiunt Praeceptores nostri A. Matthaeus *d. disp.* 9. *th.* 42. Wassenbachius *ad h. tit. th.* 23. qui censent, adeo litigantium, inprimis adversarii, praesentiam requiri, non modo ad jurandi conspectum, sed & ipsas depositiones testium audiendas, ut μονομερῶς, id est absente adversario, nisi is per contumaciam absit, testes examinari nequeant. Textus & juris ratio debent regere nostrum judicium. Affirmantes non videntur admodum fidenter uti debere argumento *legis* 14. *C. h. t.* ubi, *ad judicantis intrare secretum*; hoc enim de *Secretario*, id est secretiore judicis conclavi, opposito ad forum vetus Romanum, in quo testes audiebantur, intelligi potest, in quo partem adversam adesse nihil vetet. Verum eo potius nitantur, quod novissimae constitutiones meminerunt temporis, quo testimonia publicantur & partibus innotescunt, *Auth. At qui semel. C. de Probat. & Nov.* 90. *c.* 4. qua de re actum *ad tit. de Probation.* cujusmodi tempus non habet usum aut intellectum, si praesentes adversarii testium depositiones, dum fiunt, audiant. Textus, quibus utuntur viri summi, non cogunt ad hoc quod volunt; *Lex pen. C. h. t.* praesentiam adversarii ponit, nisi contumaciter absit; eandem praesentiam apud ipsas vivae vocis depositiones non requirit. *Lex* 15. *C. de fide instrum.* diserte equidem ait, *Depositionibus sub utriusque partis praesentia factis*. Imo in *Novel.* 90. *c. ult.* sic habetur *praesentem esse & audire attestationem*, satis clare, ut videtur. Sed in eadem *Nov.* 90. *cap. ult.* sequitur inferius; *Si enim recusaverit, & advenire noluerit & audire depositiones*; (*etenim publicabuntur.*) Quae verba significant, praesentiam & auditionem, quae adversario tribuitur, non intelligi de momento examinis & depositionis, sed de publicatione, quae non diu postea in loco judicii celebratur. In veteri tamen foro, satis cum ex historiis, tum ex Orationibus Ciceronis constat, examina testium, maxime criminalia, questionesque palam fuisse habitas, ac institutas partibus omnino praesentibus, eoque pertinet *Lex* 27. §. 7. *Ad L. Jul. de Adult.*

25. Quando ventum est ad judicis secretum, * producens vel ejus procurator, exhibet judici positiones sive articulos, secundum quos examen testium sit faciendum, de quibus ad *tit. de Probat. & de Interrogat. in Jure*, dici occupatum est. Juxta exhibitionem articulorum, ante examen, a testibus juramentum veritatis exigitur, sine quo testes non merentur fidem, *l.* 9. *& l.* 18. *C. h. t.* ubi, *cum sacramenti religione deposuerint*. Adiguntur autem ad juramentum, *priusquam perhibeant testimonium*. Si post attestationem verbis factam jurent, depositiones non habent vim probandi, licet in continenti juramentum fuerit subjectum, ut recte

(o) *Pos.* 17. *&* 18.

* Apud nos in termino a Judice praefixo † producens, sub poena desertionis, testes tenetur producere realiter, si sint praesentes, absentium autem accusat contumaciam & absentes tanquam praesentes producit, eos vero, qui comparuerunt, praevio jurejurando ad articulos, antea a se exhibitos, a judice petit examinari. *O. P.* 4. *Tit.* 20. § *ebenmässig.* §. *wenn es nun.*

† Non comparente producente, probatio per testes, aut documenta, aut articulos, super quibus productio juramentum delatum, facienda, pro deserta habetur. Producente autem comparente solenni productione testium vel praesentium vel etiam absentium non amplius indiget, sed judex vel petente producente, vel ex officio examinando praesentes, vel citando absentes, in causa rite perget. *O. P.* 5. *E. I. & E. Tit.* 20. §. 7.

recte D. A. Matthæus *d. disp. 9. th.* ubi plures citati auctores; nec aliter in foro servari, testatur Mynsingerus *cent.* 4. *obs* 77. Ratio non est obscura, quod ubi juramentum sequitur declarationem, religio jurandi non arctaverit loquentem, & pudor homines a retractando, si deinde juramentum exigatur, retineat; ut videre memini, testes apud judices, qui per ignorantiam juris, in continenti post depositionem jusjurandum ab illis exigebant, repentino rubore suffusos & perplexos adigi ad id præstandum. Gailius tamen in Camera Spirensi narrat esse receptum, ut *præposteratio* ex continenti commissa depositionis fidem ne tollat. 1. *obs.* 101. *n.* 9. Hinc porro sequitur, testes jurare nolentes non esse audiendos, quod etiam in *Mennonitis* nostratibus servatur, qui temperamento ab Ordinibus illis concesso, ut Deum testem dumtaxat invocent, sæpe nolunt uti; remittuntur inauditi, prius admoniti, ut in officio esse velint, atque edocti nihil esse juramentum quam formulam precandi; sine fructu plerumque apud homines *ἰδιογνώμονας*, ut crebro experti sumus. Erat talis, qui rogatus a commissario, quid scrupuli inveniret in Deo teste invocando. *Quid scio*, inquit, *an Deo volupe sit esse mihi testi*? Memini talem Mennonitam malæ mansioni hanc ob causam traditum & mulctatum esse; quod respectu superstitionis, rigidius videtur, nec carcer hac causa probatur, in *l.* 19. *pr. C. h. t.* Ideo nunc ea res modica verborum castigatione transmittitur. In alios vero, qui non metum religionis, sed contumaciæ causam habent, rigor extremæ jurisdictionis intendi posset. *arg. l.* 1. *D. Si quis Jus dic. non ob.* Non potest igitur judex remittere jusjurandum? Non potest, ne Catoni quidem, aut Xenocrati, cui non tam judex quam populus Atheniensis eum honorem habuit, teste Diog. Laertio *in ejus vita*. Pars adversa equidem remittere potest juramentum, * *arg. l.* 26. *de Re Jud. quod* de civili capiendum, non de criminali causa ubi accusator non de suo, verum de eo quod interest Reipubl. agit, & decidere nequit. Mascard. *vol.* 1. *quest.* 5. *n.* 108.

26. Juramentum a testibus exactum & examen, responsio adversæ partis ad positiones analogice præcedere deberet; ut cognitis adversarii responsionibus, producens scire posset, quibus factis opus sit per testes probandis, etsi plerumque apud nos una feria adversarius & testes citantur. Et tunc primo fere testes jurant, dein adversarius juratus de calumnia, respondet. Quo facto eædem positiones, secundum quas fiet examen, adversario tradendæ sunt, ut articulos apponat *interrogatorios*; item ut eas exploret, an sint causæ legibus congruæ, an contineant res indecoras, a causa alienas, an facta, de quibus ante interlocutoriam nihil sit dictum, contineant, quod Statutis nostris vetitum. 3. 18. *v.* 9. 10. Examinat etiam personas testium, an non sint inter eos, qui testimonium in ea causa dicendi jus non habeant. Si quid ejusmodi deprehendatur, & res tanti sit, potest se adversarius opponere testium examini. Super qua re summarie disceptatur, eaque lis incidenter deciditur; quæ decisio nihil est quam interlocutio.

27. Quæritur autem, si quæstio facti sit utrum scil. *merita personæ sint ejusmodi, ut a testimonio excludi debeat*, an tum dilatio tanta sit ac interlocutio facienda probationis causa, testesque in eam rem producendi. Respondetur, non facile id esse admittendum, quia tunc interlocutione opus esset ad interlocutionem, imo plures interlocutoriæ aliquando cumularentur. Exemplum. Testis in causa criminali a procuratore generali producebatur. Reus opponebat se testi pluribus argumentis facti, quominus admittendus esset, offerebatque se probationi. Impetravit interlocutionem & dilationem probandi causa. Testes etiam contra testem illum produxit; quorum uni se rursus opponebat procurator generalis, præparatorie probans illum esse inhabilem, petebatque, ut sibi in eum finem liceret producere suos testes: at hoc negatum, ne duplex interlocutio fieret in interlocutorio processu; etsi meritum causæ magis hanc interlocutionem, quam priorem exigeret. Simul animadversum est, primam quoque interlocutionem rectius omittendam fuisse: præsertim quia reus in sequenti dilatione, quæ datur reprobandi causa, rationes, cur ille testis fidem non mereretur, suo commodo probare poterat. Ita observatum in

** *Jure Saxonico & partis producentis consensus requiritur, & quidem non tacitus, sed utriusque litigantium expressus. O. P. S. tit.* 20. §. 3. *verbis: den gewöhnlichen Zeugen-Eyd kirsten, und dessen keiner ohne beyder Theile ausdrücklicher Bewilligung erlassen, auch auf den Gegenfall, da der Zeuge nichts minder ohne Eid abgehöret wird, auf des Parte Ansuchen, auch nach eröffnetem Gezeugniss, auf vorhergehenden gewöhnlichen Zeugen-Eid von neuem examini ret werden.* Casus cum eos, in quibus, remissione partium non obstante, Judex jusjurandum ex officio exigere potest, tum alios, ubi testibus injuratis creditur, annotavit ill. Mencken. ad O. P. *d. Tit.* 20. §. 12.

in causa Procuratoris Generalis contra Christianum Siambourg, *d.* 14. *Februar.* & *d.* 20. *April.* 1680. Solet tamen ita servari in foro nostro, ut in causis majoris momenti, quando is, contra quem testis producitur, præparatorie probat causas sufficientes testem penitus excludendi, interlocutio quandoque concedatur.

28. Quæsitum est, an talis oppositio fieri posset ob hujusmodi causam. Producens in calce positionum suarum ita collocaverat; *Rogo, domine judex, ut ex testibus quærere velis, numquid iis amplius de causa, quam heic positum est, compertum sit.* Fiebat oppositio; propterea quod adversa pars ad ejusmodi generale supplementum non posset articulos concipere *interrogatorios*, quod jus ei nefas esset intercipi. Quidam tamen putabant, nihil ejusmodi positione comprehendi, quam quod judicis officio continetur, *l.* 3. §. 1. *in fin.* ubi, *ad ea quæ interrogaveras*, & §. 3. ubi, *Ipsos interrogare soleo*: nec judici hac parte modum aut tempus, si intra causæ terminos maneat, præscribi posse, *l. pen. de interrogat. in jur. fac.* atqui contra judicis quæsita, quæ ex officio fiunt, nullos adversa pars *interrogatorios* opponendi facultatem habet. Quid autem plus erat in ejusmodi articulo generali, quam imploratio judicis officii? Qualis semper ipsis interrogatoriis subjici solet. Fecit tamen illa prior ratio, ut oppositio admitteretur, producensque illam thesin inducere juberetur, *in causa Simonis de Wyn in qual.* contra *Alrichum Hajinga, Prætorem militarem d.* 15. *Octobr.* 1679. Habet disciplina fori suam formularem trituram, a qua non facile, tametsi forte ratio juris haud prorsus eam exigat, recedendum.

29. Cæterum, positionibus exhibitis, adversa pars, articulos, quos sæpe dixi, adjicit interrogatorios, * quibus rogatur judex, ut testes velit examinare super *talibus* circumstantiis causisque scientiæ, quas alter pro se momentum aliquod contra producentis intentionem habere putat, præmissa protestatione magistrali parumque necessaria, cum res ipsa eam contineat; *se non admittere positiones, nisi salvis reprobationibus & salvo jure in omnibus*, clausulaque subjecta *implorandi interrogationes juris*, quæ sunt officii judicis, ut *modo* judicatum est, versanturque in eo, an satis sibi constent voce, vultu, dictione; nam qui vacillant, aut inter se discrepant, his merito fides subducitur. *l.* 21. §. *ult.* & similibus.

30. Redhibitis positionibus, quod fieri debet quantocius, judex commissarius, aut quod alibi moris est, scriba publicus singulos articulos testibus prælegit & singulis declarationes testium explicite subscribit, ut rei momentum postulat & Statutis nostris præcipitur; quæ diserte prohibent, depositiones concipi remissive ad articulos, velut, testis ait; verum esse *articulum primum*; negat *secundum*; nescit *tertium*, sine expressione, quid testes declarent, sub pœna nullitatis & impensarum novi examinis. *lib.* 3. *tit.* 22. *art.* 1. Ubi hoc bene servatur, carere licet hac quæstione, quomodo testes respondere debeant; *scire se*, an *credere* vel *arbitrari*, aut *videri sibi*, de qua vide Auctores apud A. Matthæum *d. disp.* 9. *th.* 45. Veteres modestiæ causa *videri sibi* & *arbitrari* amabant loqui, ut Cujacius probat 3. *obs.* 26. Quin Cicero argumentum refutandi testis Galli inde petit *orat. pro Fontej.* quod *verbum illud consideratissimum nostræ consuetudinis*, ARBITROR, omiserat; *quo nos etiam tunc utimur*, ait, *cum ea dicimus jurati, quæ comperta habemus, quæ ipsi vidimus.* Verum hic scepticismus abiit ex usu temporum; nec, *etsi de omnibus dubitandi institutum revixerit*, hac parte receptum est, ut responsa testium dubia pro certis habeantur. Verum si quis nolit dicere testis,

* Etiam nostræ *O.P. Tit.* 20. *eatdem ex.* producto potestatem facit interrogatoria offerendi, † si modo ante Terminum vel in ipso termino ea exhibeat, nam ex officio ea a Judice non solent confici. Suendend. *ad Fib.pr.p.*1410. Prohibentur autem *d.* §. interrogatoria generalia ad causam, & specialia tantum ad singulos articulos directa, aut generalia ad personas testium pertinentia, admittuntur, ubi judicis incumbit officio interrogatoria inepta, impertinentia, statim rejicere, nec testes super iis examinare, conf. Stryk. *Introd. ad Prax. for. c.* 18. Joh. Sam. Stryk. *Diss. de interrogatoriis ineptis*. eumque in finem ea in termino cum producente communicare, ut excipiendi detur copia. Martin. *ad d.* §. *n.* 141. Suendend. *l. c. p.* 1418. non antea, ne forte testes subornandi suppeditetur ansa. Nicol. *Proc. p.* 1. *C.* 16. *n.* 1. Lang *Proc.* 54. *n.* 10. Super interrogatoriis licitis vero, legitime exhibitis, si testes de facto examinati non fuerint, repetendam eorum esse depositionem, admonuit Suend. *d. l. p.* 1410.

† Super interrogatoriis, pariter atque articulis, num pertinentes sint nec ne, multis non est disputandum; si super ejusmodi, vel interrogatoriis, vel articulis forte testes per negligentiam examinati sunt, eorum in sententia ratio haud est habenda; rectius tamen judex ea omnia statim & ex officio rejiciet, super reliquis, neglectis iis, quæ ab adversa parte regeruntur, testes examinari faciet. Si una alteravè pars arbitrio judicis stare nolit, & ad JCtos provocabit, licebit hoc ei, sed suis impensis, & V. thaleris in casum succumbentiæ apud judicem repositis. Contra ejusmodi sententiam nulla prorsus leuterario, nisi in causis statim ab initio in suprema curia ventilatis, nec appellatio facile apud Judicem ad quem locum inveniet. *O.P. P. S. E. I. & E. Tit.* 20. §. 8.

stis, sibi constare, se vidisse, audivisse, scire se, testimonium ejus vim probandi non habebit nec in civilibus neque maxime in criminalibus, ut recte Duaren. *ad tit. C. de Test.* c. 4. Gomes. 3. *Ref.* 12. *n.* 10. Costal. *in l.* 21. *de Recept. qui arb.* quod autem D. Matthæus id in universum & de omnibus casibus adfirmari non posse scribit *d. th.* 45. res ipsa loquitur, de his, quæ testes non bene sciunt, recte eos facere, si dubitanter loquantur, pari fide illis adhibenda. Cæterum, ipsa pars adversa per *Credit* & non *Credit*, defungi potest, quia quod ipse præstat juramentum, id est opinionis, quod a testibus exigitur, hoc veritatis est. Quid si testis ultro aliquid ad causam pertinens exponat, hoc etiam judex adnotabit: Sine dubio; quando & ipse tam positiones producentis, quam interrogatoria partis adversæ in examinando, *ut modo probavimus*, egredi potest.

31. (p) Testibus auditis & testimoniis publicatis, qua de re *ad tit. de Probation.* actum, adversa pars facultatem habet *Reprobandi*, hoc est, objiciendi personis testium quidquid ad fidem illorum minuendam in ista causa facere potest, eorumque testationes refellendi, vel ipsis inter se dictis eorum comparatis, aut contrariis aliunde probationibus, etiam testibus in eam rem denuo productis, *l.* 17. *C. h. t.* & dixi *ad tit. de Prob. n.* 12. Sed personalia quod attinet, sciendum, excludi non posse testem ab eo, qui prius eundem produxerit, ne quidem in alia lite, nisi ob causas deinceps ortas. *d. l.* 17. Quid si testis non productus ab aliquo, sed absque reprobatione admissus fuerit, an hic deinde repelli non potest? Commune dictum in foro est, *quem probo, non reprobo*. *d. l.* 17. Atque in eadem lite, diversa instantia non posse excludi, nec quidem cum effectu reprobari, absque nova causa, dicendum videtur, & Curia nostra judicavit in causa memorata *Johannæ Heslinga adversus Carandum Dose*; qui cum sorores actricis apud judices inferiores admisisset, in judicio appellationis illas frustra excludere conatus est. In diversa causa quominus reprobandi jure possit uti, non videtur esse justa ratio; cum fieri possit, ut alia rerum hominumque conditio atque fiducia in diversis negotiis appareat. Quæ ratio velle videtur, ut etiam qui produxit testem in una causa, videatur eum recusare posse in lite diversi generis; si causa reprobandi non petatur ab odio personæ, sed ab affectione causæ, *arg. d. l.* 17. verb. *non licebit ei personas eorum excipere*. Fit aliquando, ut qui produxit testem, eundem reproducere velit, ut sua dicta corrigat: sed hoc aliter non permittitur, quam si fiat in continenti, priusquam locutus sit cum producente, justamque erroris causam alleget; ex intervallo non permittitur. *l. ult. C. h. t.* A. Matth. *de disp.* 9. *th.* 41. & 46. Quominus tamen judex ultro ex officio testem de obscuris dictis iterum examinet, nihil impedimento est. *arg. l. pen. de Interrogat. in jur. fac.* Matth. *d. th.* 41.

32. Quoties produci possint testes, quæri video. In *Nov.* 90. *cap.* 4. sic est definitum. Tres productiones sunt licitæ; ad quartam non admittitur litigator, nisi juraverit, se non percepisse testificationes adversarii; nam post harum perceptionem nullam amplius productiones, licet una tantum facta fuerit, adhibere licet. *d. cap.* 4. *in fin.* Sed numerus productionum unde æstimetur, ab horis, an a numero dilationum, quærunt etiam; Cujacius, Donellus, A. Matthæus, decem dies censent numerandos inter singulas productiones, credo ex verbis *d. cap.* 4. *non tamen post longum intervallum*. Hæc quisque cum usu fori sui conferre potest. In nostro distinguuntur testium

(p) *Pos.* 23. 12. & 21.

✝ In Saxonia Electorali probatione & reprobatione absoluta, testibus auditis, documentis recognitis, juramentis etiam præstitis, judex spatium 14. dierum concedens, ex officio partes ad publicationem attestationum citat, & istas in termino rite publicat, parte etiam neutra comparente, probationem reprobationemque, quæ pro publicatis habendæ, Actis adjicit, partibusque comparentibus vel non comparentibus rotulorum exempla, intra 14. dies sub 5. thalerorum pœna confecta, communicat. *O. P. S. E. I & E. Tit.* 19. §. 1. Quod vero ad positiones attinet, quibus super probatione & reprobatione disceptatur, iis spatium trium hebdomadum est præfinitum, quarum prima nunc promiscue ab actore intra illud spatium, ab elapsis 14. diebus confectioni rotulorum destinatis computandum, est porrigenda, adversus quam reus intra simile spatium excipit, atque ita actor replicat, & reus duplicat. Ut autem hæc spatia, nec a judice, nec partium compromisso, prorogari possunt, ita, si alterutra pars ea non observaverit, nulla contumaciæ accusatione opus est, sed judex ex officio omne id, quod post illud spatium offertur, rejicit, & ab actis repellit. Istarum positionum duo nunquam non exempla sunt offerenda, quorum unum apud acta retinetur, alterum parti petenti traditur. *d. Tit.* §. 2. Denique vim probationum in causis, quarum probatio & reprobatio per documenta facta, ortenus excutientibus septiduum, non computatis diebus dominicis vel festis, injunctum, actore iterum initium faciente, qualis procedendi modus etiam obtinet, quotiens *illi*, cui juramentum delatum, conscientiam per probationem defendere libuit. *d. Tit.* §. 1.

ſtium productiones, ut dictum ſupra, in probatorias, reprobatorias, & contrareprobatorias. Probatoriæ habent dilationem ordinariam, aut a Curia præſcriptam, *adtit. de Probationibus* expoſitam. Reliquæ duæ trium ſeptimanarum dilatione legitima circumſcribuntur. Intra illos terminos licet uti tot productionibus, modo non iidem ſint articuli & teſtes, quot ipſa res exigit, etſi nunquam plures tribus ego viderim factas: numerus dierum inter ſingulas productiones non eſt præſcriptus, ut forte nec jure civili; modo fiant intra terminum dilationis legitimæ, & ante cognitas adverſarii probationes; niſi quod reprobatoriæ productiones ſemper fiunt poſtea. Sand. 1. 10. 5 Quod de productionibus ſecundum horas diſtinguendo illi quærunt, parum intelligo. Uſum certe non habet quem viderim.

33. (q) Omnibus productionum vicibus abſolutis, poſtquam a partibus in cauſa conclusum, judex e teſtimoniis aliiſque probationibus judicaturus, ex ſententia animi ſui æſtimare debet, quid aut credat aut parum ſibi probatum opinetur, *l.* 3. §. 2. *h. t.* nec valde opus eſt, ut moneamus, cum plus fidei tribuere debere pluribus quam paucioribus, affirmantibus quam negantibus, dignioribus quam humilioribus, ſenioribus quam junioribus, maſculis quam feminis, ut tradit e Dd. A. Matthæus *d. diſp.* 9. *th.* 50. Hæc enim tot exceptionibus & cautionibus circumſcripta ſunt, ut non minus quam alias opus ſit eo, quod Arcadius ait in *l.* 21. §. *ult. h. t. Credendum eſt, quod naturæ negotii convenit, confirmabitque judex motum animi ſui ex argumentis & teſtimoniis, quæ rei aptiora & vero proximiora eſſe compererit &c.*

DE TESTIBUS EXTRA JUDICIUM COGENDIS.

34. (r) Dictum eſt ſuperius, neceſſitatem teſtimonii dicendi eſſe publicam a lege derivatam in magiſtratum, qui non tantum requiſitus a partibus, ſed etiam ex officio in cauſis publicam utilitatem ſpectantibus cives adigere poteſt ad teſtimonium jurato præſtandum. Privati vero neminem ad hoc compellere poſſunt, *arg. l.* 16. *C. de Teſtib.* rogati in teſtamentis, in contractibus cæteriſque inter vivos aut mortis cauſa negotiis adhibentur, *Nov.* 90. *C.* 2. nec inviti ad hoc coguntur. Sed quia judicii publica eſt auctoritas; hinc eo contracto conſtitutoque datur facultas ex lege teſtes cogendi; cujuſmodi auctoritas & vis legis in extrajudicialibus ceſſat, etſi magiſtratus officium requiratur; quando enim id non fit ex cauſa publica, ſed privati alicujus rogatu; nemo tenetur hujuſmodi requiſitioni parere. Quamvis igitur *præparatoriæ*, quas vocant, teſtium examinationes, frequenter ita inſtituantur, ut homines ſine litis conteſtatione, de factis quibuſdam juxta conceptas poſitiones reſpondeant, ſi quando hoc eveniat, ad magiſtratus quidem vocati accedere debent, in arbitrio tamen habent, utrum reſpondere velint, an ſecus. Nec ea res ad magiſtratus, qui non niſi requiſitus officium ſuum adhibet, contemptum pertinet, etſi meminerim, ubi perperam id exiſtimatum & in cives ea cauſa animadverſum ſit, imperite. Quin ſi reſponſiones hoc modo ſint elicitæ, nihilo tamen plus valoris, quam atteſtationes a tabellionibus ſcriptæ in ſe continebunt.

35. Ita quidem in univerſum. Sed excipitur examen teſtium *in perpetuam rei memoriam*, † ad quod teſtes etiam compelli poſſunt, ſi adſint hæ duæ conditiones; prima, ſi lis nondum poſſit moveri, ſive quod jus necdum ſit natum, vel quod alia ſint impedimenta. Secundo, ſi teſtes ob ſenectutem vel peregrinationem tempore litis forte non ſunt adfuturi, qua cauſa lis etiam moveri poteſt, antequam jus ſit natum, executione, donec id natum fuerit, differenda. *L.* 40. *D. ad L. Aquil.* Iſtæ quidem conditiones in eo, qui jus agendi habet, requiruntur. Reo facilius hujuſmodi extraordinarium examen indulgetur, quia ille non habet in poteſtate rem in judicium deducendi, & quia reus ſemper alias præ actore favorabilis habetur. *l.* 125. *de R. J.* Idem in criminalibus adhuc juſtiore de cauſa reo concedendum; accuſatori non æque; tametſi procuratores generales præparatoriis examinibus officium ſuum frequenter exercent, attamen abſque neceſſitate publica juramentum exigendi, vel ſi hoc maxime ſit præſtitum, probationis fidem faciendi. Modus autem producendi teſtes in perpetuam rei memoriam, eſt, ut libello ſupplice petatur illa facultas, & commiſſarius judex, a quo teſtes examinentur, vocata parte adversa, quæ teſtes videat juran-

tes,

(q) *Poſ.* 22. (r) *Poſ.* 24.

† Qua probationis ſpecie uti licet, & reo & actori, etiam per documenta, ſi parti quoad probationem aut reprobationem periculum immineat. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 23. §. 11.

tes, juxtaque positiones probatorias articulos ponat interrogatorios, sicut in examinibus testium post interlocutionem judicialem fieri solere, supra commemoratum est. Depositiones conscriptæ apud officium judicis, sive in ipsa Curia custodiuntur, ut occasione judicii suo tempore movendi, inde repetantur, atque tunc justum pleramque probandi effectum habent; sic tamen, ut si testium copia tunc etiamnum haberi possit, iidem denno producendi atque interrogandi sint, ut in Curia nostra judicatum est *in causa Freerk Gosliks Requirant contra Jds Foekes, Ged.regde.* Vid. *Cap. Quoniam X. de Test.* Mynsing. 4. *obs.* 71. Gail. 1. *obs.* 22.

TIT. VI.

De Juris & Facti ignorantia.

I. Continuatio, & quotuplex sit Juris ignorantia. II. Personæ, quibus jus ignorare licet, non sine discrimine tamen. III. De intellectu regulæ, quod Juris ignorantia noceat in lucris, non in damnis. IV. Objectiones quædam removentur. V. Ignorantia facti quatenus excuset.

(a) IN facti questionibus, circa quas probatio vertitur, usu venit ignorantiæ allegatio, quæ secundum rubricam, duplex, juris vel facti est, de quibus philosophorum sententias non excutiemus; sed quæ in juris artem ex ipsa philosophia translata sunt, breviter videbimus. Et hujus, vel divini, vel humani. Rursus hujus, vel gentium vel civilis. Juris naturalis & divini moralis ignorantiam, excusare neminem, cum non modo sacræ scripturæ, sed etiam cordium tabulis insculptum sit, ut Apostolus docet *ad Rom.* 1. clarum est. Idem in jure gentium, quia naturalis ratio hoc inter omnes homines constituit. §. 1. *Inst. de Jur. Nat.* Horum igitur sine flagitii confessione præferri non potest inscitia: Nec quidem juris civilis, quod est communis omnium civium sponsio, *l.* 1. *&* *l.* 2. *de LL.* nisi jus novum sit, vel plane non promulgatum, vel quod absens scire non potuerit, quomodo in historia sacra Jonathan edictum patris de jejunio ignoraverat. Et videntur ejusdem generis esse municipales super ordine rerum agendarum constitutione, *l. ult. D. de Decret. ab ord. fac.*

2. (b) Sunt tamen qui & ob ignorantiam juris communis, quod civile est, excusantur, etiam in delictis, ut feminæ a pœna incestus non jure gentium prohibiti. *l.* 38. §. 2. *D. ad L. Jul. Adult.* Quod hodie non habere locum, quatenus jure divino prohibitio continetur, usu vulgatum est. Excusantur a pœna Turpilliani SCti, propter accusationem temere motam & omissam. *l.* 1. §. 10. *vers. Atqui Pap. D. ad SC. Turpil.* Minoribus etiam annis 25. in quibusdam minoribus delictis, præsertim omissionis, succurritur, ut si hæres minor non sit persecutus necem defuncti, *l.* 6. *C. de His, quæ ut indign.* si mater annis 25. minor tutorem liberis suis petere supersederit. *l.* 1. *C. Si advers. del.* Quod igitur *in l.* 9. *pr. h. t.* minores & feminæ non lædi dicuntur, *sicubi non est delictum*, de gravioribus commissis & facinoribus accipiendum. *l.* 37. §. 1. *de Minor.* Inter minores autem & feminas hoc interest, quod illis, ne in lucris quidem obstet ignorantia Juris, feminæ tantum in damnis excusentur. *l.* 11. *C. l.* 8. *D. h. t.* Militibus etiam juris ignorantia remittitur in testamentis, *l.* 1. *& t. tit. D. & C. de Testam. mil.* in adeunda hæreditate, *l.* 9. §. 1. *h. l. ult. in pr. C. de Jur. delib.* adeoque etiam in causis lucrativis. Rusticis quoque juris ignorantia est innoxia, in modicis malefactis, ut albo corrupto, *l.* 7. *c.* 4. *de Jurisd.* Pœna SCti Syllaniani, *l.* 3. §. 22. *de SC. Syllan.* item in condendo testamento, *l. ult. C. de Testam.* in petenda hæreditate, sive bonorum possessione, *l.* 8. *C. Qui admitt. ad bon. poss.* adeoque etiam in lucro. Sed feminæ, inquam, ita sunt inter exceptas personas, ut vix aliter quam in civilibus delictis valere videatur exceptio. Nam in lucrativis causis non excusatur earum juris ignorantia, & in damnis hæc nemini, nec maribus quidem præjudicat. *l.* 7. *&* 8. *h. t.*

3. (c) In utrisque igitur, tam maribus quam feminis, eundem habet effectum ignorantia juris; de qua est regula generalis; quod compen-

(a) *Pos.* 1. *&* 5. (b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 2.

compendiis quidem non prosit, veluti in quarta de legatis detrahenda, si legis falcidiæ ignarus fuerit, *l.9.* §.5. *h. t.* in damnis autem non noceat. *d. l.* 7. & 8. Ait autem *d. lex* 8. *In damnis amittendæ rei suæ*. Hoc quidam ita accipiunt, ut tantum habeat locum quando agitur de transferendo dominio, quod certe vocabulum *suæ*, in stricto sensu, significat: verum & sæpe latius pro omni eo quod ad nos pertinet accipitur, ut in definitione Justitiæ, *suum* cujusque, item in *l.* 44. *de Condict. indeb.* & *alibi*. Heic ita sumendum esse, jubet æquitas, quæ damnum alicui per ignorantiam infligi vetat, quo pertinet, quod probavimus ad *tit. Inst. de obl. ex quasi contr. part. I. pag.* 346. condictionem indebiti per juris ignorantiam non amitti; quoniam ibi vere de damno vitando certatur, etsi dominium rei solutæ sit translatum, quod & verba legis 8. *h. t.* confirmant, dissentiente licet D. Wissenbachio *ad h. t. n.* 41.

4. Cæterum, si hanc regulam ad exempla redigas, videndum, ne non habeat difficultatem, quia sæpe & in damnis nocere & in lucris excusare videtur ignorantia juris. Nam qui credit mulieri fidejubenti, & filiofam. mutuum accipienti, per ignorantiam SC. Vellejani & Macedoniani non juvatur, nisi minor sit, etsi illi casus ad damnum vitandum pertineant. *l. 9. in pr. h. t.* Rursus, hæres in legatis agit de lucro, & tamen juris ignorantia non vetat repetere cautionem legatorum causa in testamento remissam. *l.* 1. *Ut in possess. legat.* Juris ignorantia non vetat lucrari fructus hæreditatis possessæ. *l.* 25. §.6. *de Hæred. pet.* Ad hæc dicendum videtur, restitutionem damni antea perfecte illati, ut in duobus illis prioribus exemplis, non esse casum damni vitandi. Qui credidit filiofam. aut ad intercessionem mulieris, amisit pecuniam male creditam. Hanc recuperare per juris ignorantiam, aliud est quam non perdere; cujus adhuc jus salvum est. Quibus accedit, quod regula prædicta semper ita accipienda est, ut non præjudicet alterius juri per leges quæsito. Sic etiam executio juris antea perfecte adquisiti, quamvis lucrosi, ut in sequentibus exemplis, non est casus lucri captandi sive quærendi, sed ejus amissio pro damno est habenda. Ut ita, si hæreditate adquisita, fructuum perceptio per juris ignorantiam impediatur, id magis pro damno, quam contrarium ejus pro lucro sit habendum; cum e contra, si quis in eo sit, ut hæreditatem primum adquirat, huic juris inscitia noceat. *l.* 1. §. 1. *h. t.*

5. (d) Hactenus de juris ignorantia. Altera species, quæ facti est, habet regulam, quod *facti ignorantia prosit*, hoc est *excuset*, *l.*2. & *l.* 8. *h. t.* Ratio redditur in *d. l.* 2. quia cum jus sit finitum, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. Plurimum tamen interest facti proprii, an alieni sit ignorantia, *l.*3. *in pr. h. t.* hæc enim facilius, quam prior se probat. *l.* 15. *in fin. C. de Rescind. Vend.* At in universum ita proditum est; ignorantiam facti excusare, si modo non sit crassæ negligentiæ aut nimiæ securitatis, *l.* 3. §. 1. & *l.* 6. *h. t.* qualis ut plurimum facti proprii ignoratio esse videtur, ut tamen ne heic quidem civilis absit excusatio in factis antiquis factorumque circumstantiis lubrico sui memoriam fallentibus, ut in *l.* 44. *de Adquir. possess.* & id genus aliis. Pro hac quoque facti ignorantia militat præsumptio, ut adfirmanti quod alius sciverit negotium, quod facti quidem est, incumbat probatio. *l.* 21. & *l.*27. *de Probat.* Non distinguitur etiam in excusatione hujus ignorantiæ, de lucro agatur, an de damno, *l.* 8. *h. l.* 7. *C. h. t.* adeoque tam in delictis, quam in contractibus habet locum, etiam in divisionibus, *l.* 4. *C. h. t.* in condictionibus, *l.*7. & *l.*10. *C. eod.* in delatione & adquisitione hæreditatis, *l.* 1. *h. t.* denique & in usucapionibus, *l.* 4. *h. t.* eo sensu, quo Thomasius explicat *ad Posit.* 2.

SCHOLIUM.

Prodest quidem ignorantia facti in usucapionibus, l. 4. h. t. *scilicet usu capienti, qui v. g. ut Glossa subjicit, ignoravit venditem non esse dominum, non vero prodest ei, contra quem usucapitur; quamvis de damno vitando certet.* l. ult. C. de Præscript. long temp. vid *Fachin.* lib. 1. controv. 66. *Brunnem.* ad §. ult. Instit. de Usucap. *quæ exceptio nititur ratione utilitatis publicæ, cujus interest, ut dominia rerum non sint incerta.*

(d) *Pos.* 2.

LIB. XXIII. TIT. I.

De Sponsalibus.

I. Continuatio. II. Genus sponsaliorum, mentio & repromissio. III. Differentia futurarum nuptiarum: Primo respectu eorum, qui nuptias per aetatem, aut temporar. legis impedimentum, adhuc contrahere non possunt. IV. Quid si differantur Sponsalia in tempus post conjugis mortem viventis, contra Grotium. V. Quomodo sponsalia de futuro intelligantur respectu caeterorum, quibus in promptu est facultas nuptiarum. VI. Inter sponsalia haec ordinaria, & ritum ducendi uxorem, non fuisse alium de nuptiis intermedium consensum; quomodo igitur sponsalia a contractu nuptiali distent. VII. Sponsalia ordinaria fuisse ipsum contractum nuptialem, seu de praesentibus, sive dictis futuri temporis nuptiis initum. VIII. Hinc Jure Canonico Matrimonii contractum a puris sponsalibus non discrepare. IX. An verba futuri temporis, hoc Jure nunquam significare possint contractum nuptialem. X. Juri communi, & moribus videri consentaneum, ut possint. XI. Verba sponsaliorum debere esse indubitata. XII. Probationem aeque claram. XIII. Acceptationem accedere debere. XIV. Consensui adversam esse vim, ubi de Invitis nuptiis. XV. Item errorem. XVI. An & Error accidentalis vitiet sponsalia. Quid de ebrietatis & affectuum causa. XVII. De conditione sponsalibus adjecta, & ejus a modo discrimen. XVIII. De forma celebrandi sponsalia. XIX. De effectu sponsaliorum. XX. Convenientiae sponsaliorum, quod ad effectus attinet, cum Nuptiis, in variis effectis. XXI. Discrepantiae.

(a) QUartam hanc Digestorum partem, quae incipit a libro vigesimo, in duas ibi partes distinximus, quarum prior fuit de accessionibus contractuum, ut pignoribus, adintio emcto, evictionibus, usuris, fructibus, causis, & mora; denique de probationibus, earumque speciebus. Altera pars erat de actionibus ex jure mere personali, proximoque naturae contractuum, quales matrimonium & tutela sunt, oriundis: nec male post locum de contractibus absolutum immediate. In his primum locum occupat *Matrimonium*, de cujus praeparatione, perfectione, sequelis, finiendique modis ordine tractatur. Praeparatio consistit in sponsalibus; perfectio in requisitis matrimonii explicandis; impletio in ritibus, & concubitu; sequelae in dote, donationibus conjugum, & similibus. Quoniam vero de *Nuptiis* ad Institutiones plena manu fuit actum, heic subtiliore utendum erit calamo, in spicilegio potius, quam messe administranda. De sponsalibus non egit Justinianus in *Manuali suo*. Ideoque licet a nobis aliquid de iis sit delibatum, ad *tit. de Nupt. n.* 5. res tamen jubet, heic eundem prosequi locum velut intactum.

2. (b) Collocanda igitur definitio sponsaliorum, etsi nota, nec indicta. Florentinus: *Spon-*

(a) *Pos.* 1.

Sponſalia ſunt mentio & repromiſſio nuptiarum futurarum. l. 1. h. t. Mentio non tantum eſt commemoratio, ſed & tractatus, & ſtipulatio, quam ſequitur repromiſſio ſponſæ, vel ejus, qui ſponſam in poteſtate habet. Nam moris fuit veteribus, *ſtipulari & ſpondere ſibi uxores futuras. l. 2. h.* A. Gellius; *Qui uxorem*, inquit, *ducturus erat, ſtipulabatur, eam in matrimonium ductum iri: Qui daturus erat, itidem ſpondebat daturum; is contractus Sponſionum ſtipulationumque, dicebatur Sponſalia; tum quæ promiſſa erat Sponſa appellabatur: qui ſpoponderat ducturum, ſponſus. lib. 4. noct. Att. c. 4.* Sed deinde receptum eſt, ut ſine verborum ſolennitate, ſimplici conſenſu, ſponſalia perficiantur, *l. 4. l. 7. & l. 11. h. t.* tam eorum qui conjunguntur, *l. 6. l. 11. & l. 13. h.* quam quorum in poteſtate ſunt. *l. 7. l. 11.* cum *ll. ſeqq.* Proinde ſicut liberi ſine patrum, qui habent eos in poteſtate, juſſu, ſponſalia contrahere non poſſunt, *d. l. 7. §. 1.* ita nec filiofam. diſſentiente, ſponſalia ipſius nomine fieri poſſunt. *d. l. 13.* Filiæ aliquanto arctius haberi videntur, cum hiſce diſſentiendi facultas non detur, niſi indignum moribus vel turpem ſponſum ei pater eligat, *l. 12. §. 1. h.* major enim hac in parte verecundia ſexum decet; quo pertinet eximium illud Hermionis ex *Andromache* verſ. 937.

> Νυμφευμάτων μὲν τῶν ἐμῶν πατὴρ ἐμὸς
> Μέριμναν ἕξει, κ' οὐκ ἐμὸν κρίνειν τάδε.
> *Sponſaliorum cura noſtrorum Patri*
> *Erit meo, nec eſt res judicii mei.*

Videtur tamen hoc civiliter accipiendum, ſi filia non abhorreat: abſolute enim cogi illam, etſi forte nec indignus, neque turpis in aliorum oculis ſit ſponſus, ratio non patitur. *l. 134. in pr. de V. O.* Fit aliquando, ut patres liberos ſuos teſtamento nuptiis alicujus deſtinent, ut in *l. 66. de Rit. nupt. l. 101. in pr. de C. & D.* Verum hæc ſponſalia non eſſe, ubi conventio nulla, palam eſt, nec liberis eandem infert neceſſitatem, quam vivi patris auctoritas; nam filia, non obſtante illa deſtinatione, libere cui velit, nubere poſſe videtur, etſi pœna, ſi patris voluntati non pareat, teſtamento ſit impoſita, per *l. 28. in pr. & l. 72. §. 4. de C. & D. l. 134. pr. de V. O.*

3. Sic fuit genus ſponſaliorum. Differentia plus habet difficultatis in receſſu, quam in fronte præferat. Nam verba *futurarum nuptiarum* nihil aliud indicant, quam ſponſalia præcedere, nuptias ſequi, ut res ipſa loquitur. Primo id evidentiſſimum eſt in ſponſalibus contractis ab his, qui nondum per *ætatem* nuptias inire poſſunt; nam qui ſeptennio majores ſunt, recte contrahunt ſponſalia, *l. 14. h. t.* idque manent, etſi nuptiæ fuerint *collatæ*, *l. 9. h. t.* de cujus vocabuli ſenſu diſputat Budæus ad *d. l. 9.* qui *collatas*, reddit *dilatas*. Cujacius 11. *obſ.* 15. τὸ *collatæ* legit, at intelligit *collocatæ*. Connanus 8. *comment. c.* 2. vult, collatas dici nuptias, quia ſponſa ſe *contulit* in domum ſponſi. Mornacius ad *d. l. 9.* collatas vocat nuptias, in idem tempus, quo ſponſalia, *collatas*. Accurſius *collatas* accipit *contractas*. Potius ita; conjunctione ſponſi atque ſponſæ *conjunctas* qualicunque, licet irrito ſucceſſu; ideoque nihil amplius ſunt quam ſponſalia, ſi hæc intervenerint. Si non, *collatæ* nuptiæ inter impuberes ipſo jure *nihil* ſunt *d. l. 9.* Similis evidentia *futurarum nuptiarum*, ſe prodit in iis, qui per alia legum impedimenta matrimonium contrahere prohibentur, qualis eſt præſes provinciæ reſpectu mulieris Provincialis, quæ cum uxor ei eſſe nequeat, ſponſa fieri poteſt. *l. 38. de R. N.* Viduam cis annum luctus nubere cum nefas ſit, deſponſari non prohibet. *l. 10. §. 1. de his qui infam. not.*

4. Ad eandem obſervationem refert hanc ſpeciem Grotius, *Si quis nunc habeat conjugem, futuri matrimonii promiſſum ineat cum alia, lib. 2. de J. B. & P. cap. 11. n. 8. in fin.* ubi: Id jure naturali licitum, e lege civili utilitatis cauſa irritum fieri, docet. Si mera facultas naturalis & ſimplex jus ſine comparatione τοῦ *hic & tunc* conſideretur, neſcio an forte ferri queat illa ſententia. Sed ego probo, jus naturæ non eſſe *nullo extrinſecus adſumpto æſtimandum, ſed etiam reſpectu aliarum perſonarum, ad quas, id, quod geritur, pertinet,* ut Tryphoninus docet in *l. 31. Depoſ.* Denique ejuſmodi ſponſalia quomodo cum individua animorum conjunctione, qua conjuges unum fiunt, conſiſtere poſſent? Sed Grotius ad conjugii naturam, jure naturæ & vetere divino nihilo plus exigit, *quam ut femina ſit quaſi ſub oculis & cuſtodia maris, d. lib. 2. c. 5. n. 8. in fin. & pr. 9.* cum quo forte non pugnent id genus ſponſalia. Sed apage illam definitionem, & ſponſalia, quæ manifeſtum mortis adverſus præſentem conjugem deſiderium præferunt & plerumque in adulteria deſinunt! Ut in exemplo, quod Grammondus *Hiſtor. Galli. lib. 2.* refert, Paulini & Panatiæ,

(b) *Poſ. 2. h. t. & Poſ. 7. tit. ſeq.*

 Rei-

Reinesio nuptæ; quæ vivo illo, hujusmodi chirographo sponsalia futuri temporis, implemento præsenti obsignaverat. *Nos Rapistagnus vicecomes Paulini & Castelpersia de Panato fidem mutuo adstringimus, matrimonio palam contrahendo, ubi primum occasio dabitur: Et quo plenior sit fides, quod item obligatio firmior, consummationem intercedere placet, ex pacto.* Subscriptum. *Castelpersia. Rapistagnus.* 1. *Januar.* 1616. Censeo, Regis Galliæ non modo civili, sed etiam juri naturæ consentaneum fuisse decretum; quo id utrique juri contrarium, & cædem sponsorum in flagranti delicto a marito commissam, venia dignam videri, constituit. Longe aliam esse rationem sponsaliorum ante annum luctus, vel durante provinciæ præfectura contractorum, res ipsa loquitur, & *diximus*.

5. (c) Sed sponsalia quemadmodum de futuro sunt, non modo ab his, quibus nuptias contrahere non licet, verum etiam ab iis, quibus est in promptu illas actu inire, contrahuntur, ut ex ordinario spondendi more, quem ex Gellio & *l.* 2. *h. t.* demonstravimus, liquet. Plane, si pactum de nuptiis ineatur ab iis, quibus necdum est animus implere conjugium, ut vulgo fit, in diem & exitum rei futuræ ac incertæ: *Ducam te, cum Pater obierit, cum ex India reversus ero, & quæ similia*, non minus est evidens futuri, a præsenti contractu matrimonii differentia. Verum undique etiam apparet, conventionem de Nuptiis præsentaneam & illico implendam, *sponsalia* a Romanis appellatam fuisse. Juvenalis *Sat.* 6.

Conventum tamen & pactum & sponsalia nostra
Tempestate paras.

Mox:

Et digito pignus fortasse dedisti.
Uxorem Postume ducis?

Omnia continuo: sponsalia, pignus, uxorem ducere; pluribus idem illustravimus *in lib.* 2. *Digress. cap.* 8. nihilque certius, quam tractatum de matrimonio, pactumque de conditionibus matrimonii mox implendi, *sponsalia* vocari, ut & indicat *lex ult. h.* Tamen etsi & talia sæpe justis & necessariis de causis ad annum, biennium & quadriennium protrahantur, ob valetudinem, mortes, crimina, longioresque peregrinationes. *l. pen. h.* Sine justa vero causa, post biennium alteri parti, per quam non stat, ad alia vota transire licet, ut cautum est in *l.* 2. *C. h. t.* quod inde ab Augusti temporibus repetitum videtur, qui tempus sponsaliorum coarctavit, teste Suetonio *in vita ejus cap.* 34. quod explicat Dion. *προσέταξε μηδεμίαν ἐγγύην ἰσχύειν μεθ' ἣν οὐδὲ δυοῖν ἐτοῖν διελθόντοιν γαμήσει τις. Præcepit* Augustus, *ne ulla valeant sponsalia, nisi intra biennium postea duceretur uxor. lib.* 64. Quando igitur sponsalia contrahuntur ab his, quibus nondum est animus inire matrimonium, inquam, distinctio futuri temporis a nuptiis satis adhuc est conspicua.

6. Verum quia mos ordinarius sponsaliorum eo modo & hac mente celebrari solitus est, ut cum primum esset commodum, nuptiæ sequerentur, sæpe eadem die, sicut in comœdiis Terentii Plautique passim videmus: satis est manifestum, inter sponsalia sive sponsiones uxorum ordinarias, atque ducendi uxores solennitatem, nullam fuisse intermediam & distinctam de Nuptiis consensionem. Proinde nihil quam hæ duæ res, circa institutum nuptiale vel concipi, vel constitui potest; sponsalia, nuptiæ, quæ sunt ipsa uxoris ductio, sive actus vel ritus ducendi uxorem. Unde patet, quo sensu sponsalia dicantur esse mentio & repromissio *futurarum nuptiarum*; id est ducendi uxorem, qui ritus & actus solennis erat, quo modo nuptias proprie sumi, docet Justinianus in *l.* 24. *C. de Nupt.* Futuræ, inquam, nuptiæ, post sponsalia nihil aliud esse possunt, quam uxoris ductio, sive ritus ducendi, quia nihil intervenit aliud. Quemadmodum & immediate, post sponsalia sequitur *titulus* de ritu nuptiarum. Hinc jam oritur non levis, ut mihi quidem videtur, aliis transmissa difficultas, quorsum evadant nuptiæ, quæ solo consensu perficiuntur, tot claris textibus proditæ, quales sunt *l.* 30. *de R. J. l.* 15. *de C. & D. l.* 4. *de Fid. instrum. & l. pen. fin. pr. de Donat. int. Vir. & ux.* Sic enim verissime statuitur, neque concubitum neque deductionis ritum, ad nuptiarum, quæ consensu fiunt, perfectionem, necessario requiri, ut a nobis ad *tit. I. de Nupt. in pr.* & latissime *part.* 2. *Digress. lib.* 1. *cap.* 11. *& seqq.* probatum est. Quod si igitur nuptiæ a sponsalibus differant, ut omnino dicendum est, legesque affirmant, signate *l.* 11. *h. t.* rogo, an consensus in nuptias fuerit distinctus a sponsalibus, & a ritu ducendi uxorem. Ejusmodi actus distincti nusquam, ut opinor, vestigia appareant, nihil præter sponsalia ritumque ducendi, quem concubitus sequitur, proditum vidimus.

(c) *Pos.* 5. 6. & 7.

Aut

Aut igitur sponsalia sunt idem cum matrimonio sive nuptiis, aut hæ sunt idem cum ritu ducendi in uxorem. Utrumvis eligas, incommodum est & juri contrarium, ut antea diximus: intermedii autem consensus celebrati nulla mentio, γόγος οὐδεὶς, quod utique constet.

7. Putavi & scripsi antehac, sponsalia non esse proprie, nisi inter personas nuptiarum per ætatem aut ratione juris incapaces, vel qui longo tempore adhuc nuptias perficere non cogitabant; quæ autem vulgo fierent sponsiones matrimonii quam primum implendi, pro nuptiis, quatenus consensu fierent, esse habendas, idque probare videntur omnia loca, quibus post sponsalia, in continenti ductas vidimus uxores. Sunt, inquam, ejusmodi sponsalia contractus nuptiarum. Verumtamen quia nuptiæ frequenter, pro ritu ducendi uxorem, vel actuali conjunctione sumuntur, *l.* 15. *de C. & D. l.* 24. *C. de nupt. & l.* 1. *h. t.* moris fuit, ut hoc respecta conventio illa de nuptiis, sponsalia vocata, de futuris nuptiis fieri diceretur, ut *d. lib.* 2. *cap.* 8. *&* 9. *Digress.* pluribus demonstratum est. (1) Nec dubium, quin illa conventio, quemadmodum hodie, sic etiam olim, verbis aliquando præsentis temporis expressa fuerit. Nam quibus animus erat sine longa mora procedere ad ipsum conjunctionis actum, sive illi dicerent, *promitto me in uxorem te ducturum*, *accepturum*, sive *Accipio*, *habeo te in uxorem*, fidem suam in nuptias sive matrimonium præsens obligabant; & quod ad vinculum obligationis attinet, eodem matrimonii contractu se obstringere videbantur: etsi veteres, quod constet in hac conventione plerumque verbis futuri temporis uti sint soliti, habito respectu ad actum conjunctionis, sine quo nihil egisse videbantur. Quemadmodum autem hæc verba, Promittis? Promitto. Dabis? Dabo. *Facies? faciam*, præsentem & peremptoriam obligandi vim continent, §. 1. *Inst. de V. O.* sic etiam hujusmodi, *Ducam te, Nubam tibi, Dabo tibi uxorem, accipiam in uxorem*, ab his, qui nullum tempus adjiciunt, statim obligabant, neque plus moræ quam ferret apparatus nuptiarum, sine justis causis accipiebant. §. 2. *ad tit. Inst.* ubi: *confestim peti potest. l.* 17. *h. t.*

8. (d) Cum his conferenda breviter, quæ jure canonico hac de re prodita sunt. Notum est hoc jure, quod in matrimonialibus maxime servatur, distingui sponsalia, quod sint temporis futuri vel præsentis. Futuri, quando contrahentes utuntur verbis futuri temporis, *Ego te recipiam in meam, & ego te in meum*, sive similia. Præsentis, quando sic ajunt, *ego te in meam accipio, & ego te accipio in meum*, vel alia verba consensum exprimentia de præsenti. *Cap. pen. X. de Sponsal. & Matrim.* Ab hac sponsaliorum utraque specie, differt matrimonium. *d. Rubr. & t. tit.* Diversitas nominum arguit diversitatem rerum. Ergo cum formula de præsenti purum in nuptias consensum exprimat, non videtur ex hypothesi juris pontificii, matrimonium simplici partium, licet puro consensu, perfici; verum aliud quod ad conjugii perfectionem requiri, copulam scilicet carnalem, & benedictionem sacerdotalem. Ideo nec paucis ita visum est, jure canonum solo consensu matrimonium minime esse perfectum, sed concubitum atque Ἱερολογίαν ecclesiasticam accedere oportere, *ex c. Aliter caus.* 30. *qu.* 5. *Cap.* 13. *X. de Præsumpt.* Idque Tuldenus *ad tit. C. de Nupt. n.*5. multo fortius tradit ex decretis concilii Tridentini *sess.*24. *Cap.* 1. quod necessario vult adhiberi parochum viri aut feminæ, aliumve sacerdotem ab illo, vel ab episcopo mandatum habentem, præsentibus insuper duobus testibus. Expeditum igitur erat hos quasi gradus constituere, sponsalia de futuro, *Ducam*; de præsenti, *Duco*; Matrimonium, *Copulor*. Sed quid facimus aliis textibus, qui de nuptiis ita prorsus, ut leges civiles, loquuntur? *Matrimonium non facit coitus, sed voluntas. c.* 1. *caus.* 27. *qu.* 2. Alibi, *Matrimonium in veritate contrahitur per legitimum viri & mulieris consensum*; *C. tuæ fraternitati*. 25. *X. de Sponsal.* Coitus post nuptias supervenire dicitur. *d. caus.* 27. *q.* 2. *c.* 35. *& seq.* An his adversantur textus antea monstrati, & derogatum est Tridenti? Non puto; de textibus citatis primo. In Cap. *Aliter*. Paranymphi quoque dicuntur adhibendi. In Cap. *qualis ibidem* dos requiritur. In Cap. *Sponsus*, ut prima nocte flos virgineus Sponsæ relinquatur, & id genus alia. Non ubicumque igitur ad matrimonium aliquid

(d) *Pos.* 3. *&* 4.

(1) *Hanc Auctoris sententiam perspicue refutavit Just. Henning. Boehmer* tom. 4. Jur. Eccles. protestantium lib. 1. tit 1. §. 6. & 7. *& recte: licet enim ex hac promissione:* accipiam te in uxorem *præsens oriatur obligatio, sicut ex stipulatione,* facies? Faciam, *tamen hæc obligatio tantum est de matrimonio contrahendo, non ipsum matrimonium, inter quæ multum interest, non minus quam intersit inter obligationem de faciendo, & factum ipsum.*

quid requiri dicitur, hoc statim ad perfectionem ejus est necessarium. De Tridentinis verum est, illos Ecclesiasticam celebrationem ad necessitatem matrimonii adhibuisse, non ad substantiam ejus addidisse; matrimonium in se perfectum est consensu; verum si consensus ille non celebretur in ecclesia, nullitatis pœnam adjecerunt. Ipsum interim matrimonium voluntate partium solo contrahi, post concilium etiam Tridentinum docet Pius V. Pontifex in *7. Decretal. lib 4. tit. 1.* ubi sic ait: *Matrimonia per verba de præsenti contracta, non tamen consummata, interdum Sponsalia appellari.* Et mox; *Sponsaliorum appellatione non nisi improprie. matrimonium verbis de præsenti conceptis contineri.* Ex quibus clare patet; consensum purum de nuptiis per verba presentis temporis expressum, hodieque secundum doctrinam juris canonici esse matrimonium, sponsaliaque appellari respectu implementi, in quo contrahentes summam rei votique sui concipiunt & constituunt.

9. Hactenus igitur juri canonico & civili bene convenit. Videndum in hoc ne discrepent. Jure priori promissio vel pactio conjugii, serio facta cum hoc animo, ut quantocius ad rem procedant, seu dicant, *accipimus*, sive *accipiemus nos invicem in uxorem, maritum*, quoad vinculum obligationis, ipsum efficit matrimonium ipsasque nuptias, ut *supra* demonstravimus. Canones aliter definiunt. Qui dixit, *Accipiam*, non tenetur, si postea rursus ad aliam dixerit, *Accipio. d. Cap. pen. X. de Sponsal.* Sed comparemus cum hoc textu alios; *Si quis juraverit mulieri legitimam sese eam uxorem* HABITURUM, *fit illa legitima uxor.* habetur in *c. si qui. 9. Q. 5. caus. 30.* Formula contracti conjugii. *Andreas; quod eam ab eo tempore pro conjuge teneret.* Ipsa Andreæ; *Se illum pro marito* HABITURAM. Hi sunt vir & uxor, *c. ex Parte 9. X. de Sponsal.* præsentis & præteriti temporis verba ibi promiscue sumpta faciunt matrimonium; ut parum absit, quin ita intelligamus: sensum potius & id quod agitur, quam tempora verborum inspici oportere.

Quoties igitur contrahentes jungunt fidem in conjugale fœdus, & invicem promittunt, nunquam mutaturos fidem, neque alterum ab altero desertum iri, nulla causa est, non utique in flexione verborum, quare id pro vero matrimonio non sit habendum. Quid igitur *ad d. Cap. penult.*? Difficile dictu est, tantum in nuda terminatione verbi, *accipio* & *accipiam*, versari discrimen; sed videndum, quid agatur. Si quis leviter, nec id serio, ut conjugale fœdus ineat, agens, dicat, *Accipiam te in uxorem*, vel ita, *si permittas, me rem tecum habere*, non est hic consensus, sed pactio futuri, merito a matrimonio differens. *cap. 1. X. de Sponsa duorum.* At qui πραγματικῶς, data opera solenniter spondet, se Cajam in uxorem accepturum, pro tali habiturum, nunquam deserturum, *corde & ore consentiens ducere d. cap. 1.* hoc videtur esse fœdus conjugale, vinculum matrimonii firmiter adstringens, per *d.d. textus.*

10. Sed quidquid hac de re canonici statuant, juri communi & moribus, ni fallor, nostris, id quod diximus consentaneum est; effectum sponsaliorum, quæ serio inita, nec ab ullius rei exitu suspenduntur, etsi verba futurum in modum concipiantur, non esse minorem, quam si præsentaneis verbis concepta fuerint. (2) Atque ita facile concedimus, quod Wissenbachius *ad h. t. in pr.* non tam e textibus juris, quam auctoribus & ipsa re suffragante, ponit; *in dubio sponsalia censeri esse de præsenti*, quia sive futuris, sive præsentibus sint usi verbis, obligatio inde præsens & peremptoria est ad implementum; possunt tamen ejusmodi esse facti circumstantiæ, & personarum status, ut præsumendum sit, non fuisse animum immediate inire nuptias, sed in tempus longum incertumque differendi; cujusmodi sponsalia, respondimus nuper, in dubio visa fuisse, quibus adolescens XVIII. annorum, Lingæ apud Scholam trivialem agens, promiserat nuptias cuidam puellæ, quibus ideo dissolvendis facilitas major adhiberi potest, ut *inferius* videndum. Etsi autem quæ in longius incertum tempus differuntur sponsalia, *de futuro* cum reali discrimine a contractu nuptiarum intelligamus, si tamen longius quidem sit tempus at certum, & promissio nuptiarum efficax & enixa; non est dubitandum, quin hic sit consensus nuptialis, & matrimonium in vinculo suo perfectum, adeoque sponsalia de præsenti quoad fidem obligationis, etsi futurum verbi tempus, præsenti inteverterit. Quippe per quam promissionem duo fient unum, eam ejusmodi esse oportet,

ut

(2) *Falsitatem hujus sententiæ perspicue ostendit Just. Henning. Boehmer* tom. 4. iur. Ecclesiast. protestantium lib. 1. tit. 1. §. 6. 7. & 8. *Recte monens*, consensum purum de nuptiis contrahendis, *non matrimonium facere, sed nuda sponsalia, quæ quoad effectus plurimum a nuptiis differre docet, simulque lectorem remittit ad dissertationem suam* de divers. sponsal. & matrim. jur.

ut nullam consensionem novam desideret, qualis hæc posterior, non etiam illa prior esse videtur. Sed ordinariæ desponsationes habent ejusmodi conjunctionem, quam non sequitur alia verborum nuptialis conventio: sed est ipsa conjunctio, *gaergifte*, ut vulgo sponsalia vocant nostrates. Nec unquam mihi vel populari existimatione, vel in peristyliis fori, aut in judicum consessibus, datum est animadvertere, discrimen aliquod realeponi in promissione, qua dictum erat, *Accipio te in uxorem*, vel pure & simpliciter, *Accipiam te in uxorem*: quod nec ratio, ut antea dixi, nec conventionis natura discrimen agnoscit.

11. Cum autem nihil in rebus humanis sit majoris in omnem vitam momenti, ratio vult, sponsalia non intelligi, nisi verbis indubitatis expressa & acceptata. Vaga & generalia verba, in re tanti momenti non sufficiunt, etsi alter dolo in illis proferendis sit usus: Quin eo longius a matrimonio res abest, quo magis dolosa verborum ambiguitas voluntatem abfuisse demonstrat, ut docet Pontifex in *cap.* 26. *in fin. X. h. t.* Exemplum in Curia Suprema: Erat, qui ad puellam a sese impletam scripserat, *se etiam atque etiam ei fidelem*, hou en getrou, *futurum, se nunquam eam deserturum*. Conventus inde quasi ex sponsalibus, cum ea verba se de ope, auxilio, alimentisque accepisse testaretur, absolutus est. *ante ferias Natal.* 1630. Antehac tamen aliquoties judicatum intelleximus, ejusmodi verba paulo ante, vel juxta concubitum prolata, matrimonii fidem inferre videri. Nec tamen non verius videtur, si vir declaret, ea verba se non de nuptiis, verum ut *superius*, intellexisse, non inferri matrimonium e dictis matrimonii mentione carentibus. Si quis dicat, fraudem suam, qua mulieri verbis ambiguis imposuit, contra ipsum interpretandam; respondetur, hujus fraudis aliam posse atque debere dari pœnam, dolum non esse matrimonio mulctandum. Atque ita in ejusmodi casu visum Curiæ. Cum puella quædam adfirmaret, juvenem sibi fidem matrimonii dedisse, pauloque ante, vel juxta concubitum sibi promisisse *non fore ut unquam eam desereret*, absoluto reo sub juramento purgationis, disceptatum est, an juraturus esset tantum, se non dedisse fidem matrimonii, an vero etiam, quod non dixisset, *se nunquam eam esse deserturum*. Placuit prius, & posterius tanquam non peremptorium, insuper habitum est, *d.* 20. *Decemb.* 1679.

12. Probatio debet etiam esse clara & indubitata, sicut in aliis rebus, ita inprimis in tanti re præjudicii. Nec facile juramentum actrici ad supplementum probandi, plerumque reo ad purgandum se a suspicionibus offertur, velut, si mulier annulos, nummos solidos, aliaque viri quæ fuerant, tanquam arrhæ loco sibi donata ostendat, accedente licet probatione conversationis suspectæ, ut sæpissime judicatum est, nec adeo exemplis opus sit, cujusmodi unum refert Nauta inter *Titiam Beins & Johannem u Kingma*, *d.* 27. *Octobr.* 1638. Quod non tam ejus exempli causa, sunt enim quotidiana, quam ideo posuimus, quod idem Nauta quasi ex sententia Senatus ibi differit, juramento suppletorio non fore locum, etsi ad illas præsumptiones unus accederet testis, qua de re dictum est aliquid *ad tit. de jurejur. p.* 384. *sq.* ubi Carpzovii in utramque partem auctoritas: de uno scilicet teste simpliciter: si tamen is omni exceptione major esset, aliæque præsumptiones accederent, non negem fieri posse, ut, ubi juramentum suppletionis usu receptum est, judex id actori vel actrici merito deferendum putaret.

13. Porro ut obligent sponsalia, oportet acceptata sint, quia sunt *mentio & repromissio*, *l.* 1. *h.* ita tamen, ut stipulatio, sive præcedens interrogatio, duret ac vim habeat acceptationis, §. 1. *& tot. t. I. de V. O.* nec ab eo tempore conventionis perfectæ datur retractatio, sed necessitate uterque obstringitur. *pr. I. de Obl.* Quare si vir rogaverit, mulier adstipulata sit, non datur inde regressus; multo minus, si vir in signum interrogationis dederit arrham: qua de re judicatum extat apud Nautam hujusmodi. Quidam *Egbertus Jepez*, dederat arrham sponsalitiam filiæ cujusdam *Cornelii Wobbesii*, sub lege deliberandi, pro se & parente suo. Post arrham traditam *Egbertus* statim pœnitentia ductus fuerat. Sed puella cum patre conditionem acceptaverant, nuptiasque adimpleri petebant. Ille tergiversari, nolle adstipulari, contendere, se nec teneri sine novo adsensu. Condemnatus est tamen *d.* 15. *Julii* 1636. Nauta videtur in ea sententia esse, virum arrha data pro sua parte omnino teneri, nec posse retractare, priusquam mulier arrham & sponsalia acceptet, aut renuens reddat. Sed verius est, tam jure civili quam naturali, neminem habere jus ex promissione, nisi post acceptationem, sive reciprocum consensum, nec arrham datam aliud addere, quam certitudi-

tudinem obligationis, cujus est accessio, non obligationis perfectio. Quare si *Egbertus* ante puellæ & patris acceptationem revocasset suum dictum interrogationis & renunciasset sponsalibus, puto, condemnari non potuisset; si & renunciasset, inquam; nam revocatio non certificata nihil operatur; sicut illius probatio, quod coram aliis pœnitentiam testatus esset, ut Nauta refert, merito non profuit, eodemque modo non sufficit, acceptationem a muliere, viro ignorante, esse factam: consensus ab utraque parte non aliter quam in conscientiam coalescit. Grotius de *J.B. & P. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 14. & 15. Quod autem *sectione* sequenti Grotius addit, promissum ante acceptationem revocari posse, non modo sine injustitia, sed etiam sine inconstantiæ nota, pendet a singularibus facti, & a causa mutationis impulsiva; sæpe enim in aliam crisim incidunt ejusmodi specimina.

14. Consensus etiam respuit INVITUM. Quod duplex Philosophi tradunt, per vim & per ignorantiam. Per vim invitum est, *οὗ ἡ ἀρχὴ ἔξωθεν cujus principium est extra agentem, ut nihilis, qui agit aut patitur, adjumenti afferat*, velut si alius te, arrepta manu mea, pulset, ego invitus ago. Sed quæ majoris mali metu fiunt, mixta dicuntur, ut tamen proprius ad voluntaria accedant, *μᾶλλον ἐοίκασι ταῖς ἑκουσίαις*, ait Aristot. 3. *ad Nicom. c.* 1. Priori modo fieri non potest, ut sponsalia ab invito contrahantur; posteriori, ut metu mortis inita, naturaliter valent, quia consensus hic *μετὰ προαιρέσεως*, cum deliberatione & electione adest, ut Philos. docet: vicissim ille, qui metum injustum intulit, cum damnum injuria dederit, eum, qui obligatus est, si promisso stare nolit, liberare tenetur. Grot. *l.* 2. *cap.* 11. *n.* 7. Secundum hæc jure civili, etiam is, qui per metum contraxit, obligatur & convenitur; sed petentem exceptione repellit, quæ non modo metus auctori, sed cuivis alii obstat, quia expedit, ea, quæ per vim contrahuntur, prorsus irrita esse. *tot. tit. D. Quod met. c.* Sed extra contractus, quæ vi illicita fiunt, ut omnia quæ cum legibus pugnant, sunt ipso jure nulla. *l.* 5. *C. de LL.* (e) Proinde cum Sponsalia & nuptiæ contractuum jure non censeantur, ut *ad tit.* 1. *de Nupt. a pr.* demonstratum est, nec ita Prætoris edictum ad eas spectet, sequitur, vim & metum eas civiliter nullas reddere, scilicet vim metumque injustum accipe, non quem paterna reverentia liberorum verecundiæ impressit. *l.* 22. *de rit. nupt.* Sunt, inquam, nullæ; & jure canonico, *c. significat exter. c.* 14. & 25. *de Sponf.* & civili, *l.* 14. *C. de Nuptiis, & d. l.* 22. ubi, *matrimonium inter invitos non contrahitur.* Quin & dotis promissio metu facta, ut appendix conjugii, non videtur rescindi, ut cætera, sed ipso jure nulla esse. *l.* 21. §. 3. *Quod met. c.* Dix. *ad tit. Quod met. c. n.* 3. *pag.* 166. *Part. prec.*

15. (f) Alteram inviti speciem, constituit error & ignorantia *τῶν καθ' ἕκαστα, ἐν οἷς καὶ περὶ ἃ ἡ πρᾶξις, ignorantia singularium, in quibus & circa quæ negotium vertitur*, ait Arist. *eod. cap.* Cum quæritur, an error nuptias reddat nullas, distinguendum haud dubie inter ea, quæ necessaria sunt, & quæ abesse possunt. Ad necessitatem pertinet consensus circa ipsos contrahentes tam personas eorum, quam essentiales conjugii qualitates. Qui aliam pro alia ducit, procul dubio nihil agit, nec tenetur, *arg. l.* 35. *de A. R. D. l.* 15. *de Jurisd.* licet Jacobus Patriarcha imponi sibi passus sit *Genes.* 29. Idem est, si per ætatem immaturam, aut vitium corporis perpetuum, faciendæ proli alter ineptus, aut conditionis servilis, aut prohibito gradu sanguinis repeRiatur. Quæ cum ipsam facultatem conjugii tollant, consensum quoque mutuum sine dubio extinguunt.

16. Sed error accidentalis in rebus, quæ essentiam matrimonii non spectant, non est obligationi sponsaliorum impedimento. Ut si quæ deformis est, pulchram putaveris, si inopem, si lascivam, vel imperiosam, pro divite aut modesta experiare. Quid si pro virgine corruptam? Essentialis non est error, nec matrimonium facit nullum, * nisi repudii causam præbeat. *Deuteron.* 22. *v.* 21. *Nov. Le.* 93. de quo *inferius.* Quid si falsa opum, formæ, aut morum opinio, per dolum alterius causam nuptiis dederit, quæ alioqui contractæ non fuissent, an tunc saltem vitiantur, uti contractus bonæ fidei, quibus dolus causam dedit, sunt nulli? *l.* 7. *de dol.* Sic multis videtur, nec absurde. Nam promissio fundata in præsumptione facti, quod ita non habet, naturaliter

(e) *Pos.* 3. *tit. seq.* (f) *Pos.* 4. *tit. seq.*

* Facit tamen nullum in Saxonia, si vitio cognito non accesserit ratihabitio, v. gr. per concubitum, ut etiam praejudicio firmat Nl. Mencken in *Theor. & Prax. Pandect. tit. de Ritu Nupt.* §. 10. Conf. quæ habet *Beyerus* in *Delin. Emend. P. III. c.* 26. *n.* 3. 4. 5.

ituraliter est nulla; est enim hic consensus quasi conditionalis, qui deficiente conditione, non est consensus, ut docet Grotius *l.* 2. *c.* 11. *n.* 6. Si quis igitur dolo & fraude mala persuasus, (secus si temere crediderit,) bene natam, moratam, dotatam esse, in qua contra sunt omnia, & in nassam sit tractus, cum nec res nec animus ferret ducere talem, is teneri non videtur, per ea quæ Grotius tradit *d. num.* 6. Quid de nuptiis, quas non *δι᾽ ἄγνοιαν*, *per inscientiam*, sed *ἀγνοοῦντες*, *ignorantes* contrahimus, ut per ebrietatem, vel amoris insaniam? Sane si quis tam sit ebrius, ut ea, *ἐν οἷς ἡ πρᾶξις*, *in quibus actio versatur*, & de nuptiis se loqui ignoret, is non magis, quam qui furit, tenebitur, & actio est invita, modo pœniteat. De amore secus est, *τὰ γὰρ ἀκούσια λυπηρά*. *invita sunt tristia*, *τὰ δὲ καθ᾽ ἐπιθυμίαν ἡδέα*, *quæ per cupiditatem, suavia.* Adde quod nuptias amor conglutinet, adeoque principium actionis hujus maxime a cupiditate fit, *Ἄτοπον δὴ τὸ τιθέναι ἀκούσια ταῦτα*, *Absurdum igitur, hoc invitum statuere*, est doctrina Arist. 3. *ad Nicom. c.* 1. *sub. fin.*

17. Plane si per modum conditionis expressæ adjecta sint talia, quæ ad essentiam matrimonii nullo modo pertineant, hujusmodi tamen deficiente conditione, non est dubium, quin obligatio deficiat, *c. de illis.* 3. *c. super eo.* 5. *X. de Condition. appos.* quia generaliter verum est, promissiones sub conditione quacunque factas, spem facere dumtaxat, si condirio existat obligationis. §. *sub. conditione.* 4. *L. de Verb. obl.* Sed heic bene distinguatur oportet, inter conditionem, a qua suspenditur obligatio, & modum, quo usus negotii, de quo contrahimus, limitatur, & per quem aliquid ipsi rei superadditur. Huc pertinet facti species apud Curiam olim decisa, teste Nauta *Decis. Ms.* 42. Contraxerat aliquis sponsalia cum puella, cui vitium a famulo suæ domus illatum fuerat. Consenserat illa, sub hac lege, ne unquam sibi vir illud transversarium exprobraret; quod is in se receperat. Sed non steterat dictis: objecerat dedecus illud, etiam acerbius quam res erat, *meretricem* appellando durante adhuc festivitate sponsaliorum. Hanc ob causam sponsa negabat adimplere matrimonium; Sed aliter visum est Curiæ. Nauta rationem reddit, *quia conditio illa non spectabat ad essentiam matrimonii*. Sed minus recte opinor; Quia tametsi quis sponsalia contraxerit, *si pura virgo*, *si nobilis*, *si decem millia in bonis habeat*, non tenebitur ad implendum, si res aliter se habeat, conjugium; quia non consensit aliter quam sub illa conditione, nec absque consensu contrahitur matrimonium. Verius igitur est, sponsam in illa specie non potuisse recedere a sponsalibus, quia non erat illa conditio suspensiva, sed erat *modus*, *promissio*, cujus neglecti alius, quam nota perfidiæ, & imploratio aliqua Judicis officii, effectus esse non poterat, de quibus est parœmia vulgi, hujus sent. *Quando sponsa est in nassa, pereunt promissa.* Porro & hoc tamen interesse videtur inter veras conditiones, matrimonio & aliis contractibus adjectas; quod illud non recipit conditiones resolutivas, extra causas, quibus leges id resolvi permittunt. Satis enim constat, id contrahi quidem hominum voluntate, sed non resolvi, nisi legibus a Christo Domino latis. In emptione venditione, *si pretium non solvatur*, *si melior conditio afferatur*, res inempta fieri potest. Nupta sub lege commissoria, vel addictione in diem, non potest innupta fieri.

18. Hæc igitur est forma sponsaliorum interna, *Consensus*, eo modo quo diximus, expressus. De forma & ritu externo sponsaliorum, non datur locus heic agendi; pertinet ad historiam Romanam, & videndi, qui ex professo de illis egerunt, Brissonius, Hotomanni, aliique antiquitatum commentatores. Nonnulla & a nobis observata sunt *in part.* 2. *Digress. l.* 1. *cap.* 12. Jure novo summa simplicitas hac parte viget; præter consensum nihil solenne, nihil adscititium, * ne præsentia quidem partium. *l.* 4. *h.* Arrhæ solent quidem in sponsalibus adhiberi, sicut olim ex juvenali *supra*; Ast *digito pignus fortasse dedisti.* & vulgo inter eos arrha major aut minor, pro viribus sponsi datur, quæ apud nuptam relicta pro sponsalitia largitate, de qua *inferius*, habetur. Verum hæ arrhæ adeo non sunt necessariæ, ut ab honoratioribus amplius in contrahendis sponsalibus non usurpentur.

19. Effectus sponsaliorum erat olim, ut actio inde ex sponsu daretur, in eum, per quem stabat quominus uxor duceretur, in id quanti interesset, ut Gellius ex veteribus tradit

* Jure Canonico & Saxonico vero præsentia duorum testium requiritur, unum testem adhibuisse non sufficit, *Ord. Eccl. Sax. El.* rubr. gen. *Von Ehe Sachen.* Spec. *von Ehe-Gelobnissen.* §. *wo auch* conf. Carpz. *Jur. Conf. l.* 2. *d f* 35. Id. *l.* 5. *Resp.* 109. Heig. *P.* 1. *qu.* 22. *n.* 35. ubi tamen Parentum testimonium non negligi, patet ex eod. Carpz. *P.* 2. *C.* 16. *def.* 40.

dit in *lib.* 14. *noct. Att. c.* 4. Quæ nec repudiorum licentia postmodum introducta, de qua *infra*, cessare videtur. Alia quidem nulla datur in recusantem actio. *l.* 2. *de Divort. l.* 1. *C. h. t. l.* 2. *C. de Repud.* Quominus autem pœnæ in stipulatum deductæ nomine possit agi, cum causa utique honesta sit, nihil est dubitandum, secus ac aliis visum, abusis *l.* 71. §. 1. *de C. & D. l.* 2. *C. de Inutil. stipul. l.* 134. *de V.O.* quæ docent, libertatem conjugii a tertio pœnis adstringi non posse; quominus ipsi promittentes se pœna pecuniaria ad fidem liberæ conjuctionis præstandam obligare queant, nihil toto jure est impedimento. Postquam Christianorum populi repudiis repudium miserunt, revixit actio ex sponsu sive contractu nuptiali, non modo ad æstimationem litis in id quanti interest, sicut olim, verum ad ipsum matrimonium adimplendum; cujusmodi sententiam executione non destituendam esse, justitiæ vigor postulat. Est tamen ubi ad executionem sententiæ tam rigidam non procedatur, *ut invitus aliquis aut invita, nuptiis in Ecclesia ipso actu celebrandis adligatur. Cap.* 17. *X. de Sponsal.* Apud nos tamen illuc usque proceditur; ut qui condemnatus est, per executorem publicum ducatur in templum, ibique ceremoniis & promissione solenni defungatur, exemplis affatim existentibus; domumque ducat, aut ducatur. Quæsitum est, an is, qui sponsalia futuri temporis contraxerat, sub hac conditione, *ne mulier ipsum in judicio conveniret, quamdiu non ambiret aliam mulierem nuptiarum causa*; numquid etiam prius, non obstante illa stipulatione, conveniri posset. Respondi, posse, quia conditiones matrimonio adversantes, qualis hæc erat, pro non adjectis habentur, *c. ult. X. de Condit. appos. in desponsat.* præsertim quia post sponsalia pure contracta, hæc conditio deinceps erat adjecta, *ut in illa quidem specie facti, de qua consultus fui non dudum, evenerat.*

20. Ex his omnibus discrimen sponsaliorum & nuptiarum satis intelligitur. Sed repetam. Quod ad consensum attinet, parum abest, quin sponsalia ordinarii usus cum matrimonio conveniant; in his, quæ ab actuali conjunctione & cohabitatione pendent, differunt. A consensu in nuptias est, quod socer & socrus, gener & nurus statim a sponsalibus appellantur, *l.* 6. §. 1. *& l.* 8. *de Grad. & adfin.* quod tamen usu loquendi hodierno aliter obtinet. Quod bina sponsalia simul contracta, infamiæ pœnam merentur. *l.* 1. *de His, qui not. infam.* Quod prohibitiones nuptiarum ad sponsalia quoque pertinent. *l.* 15. *& l.* 16. *h. t.* Quod Sponsa adulterium committat; sponsus de adulterio sponsæ jure viri agere possit. *l.* 13. §. 4. *&* 8. *ff. & l.* 7. *C. ad L. Jul. de Adult.* quod sponsus æque ac maritus, de injuria sponsæ illata agere potest. *l.* 15. §. 24. *de Injur.* juncta *l.* 1. §. *ult. eod.* Hoc denique & ex *supra dictis* patet, quam inter se coincidant ordinaria sponsalia & matrimonium, adeo ut Leo & Athenius narrent, Nepotianum magistrum Dalmatiæ consultatione sua, & litigantes apud illum diversis juris lectionibus, & legibus utrinque prolatis, disputasse, idem esse maritum & sponsum, in *l.* 5. *C. de bon. quæ lib.* Quin & aliquando sponsus ac sponsa præsumebant ea, quæ ad cohabitationem respiciebant; sæpe enim sponsus bona suæ sponsæ administrabat, ut ex Dione *lib.* 54. colligitur, ubi Constitutio Augusti, de Sponsalibus intra biennium in Nuptias convertendis, refert, ei fuisse additum, *δεκέτιν πάντως ἐγγυᾶσθαι τόνγε τὶ ἀπ' αὐτῆς ἀπολαύσοντα, Decennem omnino sponsam esse oportere, si sponsus aliquid de bonis ejus percipere vellet*; Antea dixerat; *οἱ ἐγγυώμενοι τὰς τιμὰς τῶν γεγαμηκότων ἐκαρποῦντο. Sponsi fructus de censu nuptarum,* (sic enim & ille promiscue) *percipiebant.* Sane dotem sæpe illis prorogatam fuisse, liquet ex *l.* 24. *de Jur. dot. l.* 17. §. 1. *de Reb. auct. Jud. possi. l.* quæ & privilegium nuptæ ad illam extendunt, quod confirmatur in *l.* 5. *C. de Bon. quæ lib.* ubi, quod de fundo dotali in nuptarum gratiam statuitur, ad sponsas extenditur, laudato sententiæ auctore Juliano, quam & Gajus tradit in *l.* 4. *de Fund. dot.* Habent sponsæ eandem actionem, idem privilegium exigendi ante alios creditores, eadem est prohibitio de fundo dotali non alienando. *d. ll.*

21. Quid ergo de hypotheca & privilegio inter hypothecarios, quod datum est pro dote nuptis in *l. ult. C. qui pot. in pign.* licetne ad sponsas, quæ dotes prorogaverint, extendere? Videbatur ita *ex arg. Legum prædictarum.* Attamen communiter non fit. Omnes, sponsæ pro dote prorogata privilegium inter personales dumtaxat adscribunt, ut vidimus ad *tit. Qui potior. in pign. n.* 38. Forte, quod Justinianus hanc hypothecam & privilegium ad cohabitationem conjugalem retulit his verbis, *d. l. ult.* §. 1. *Quis enim earum non misereatur, propter obsequia, quæ maritis præstant, propter partus periculum, & ipsam liberorum procreationem?* Sic etiam ad cohabitationem pertinet

socie-

societas lucri & damni, quæ et ...ter conjuges, ut traditum ad *tit. de Societate sub fin. Part. II. p.* 441. & *seq.* Sand. *lib.2.tit.* 5. *def.* 1. Quod etiam uxor virum lugere debet, cum ad corporum conjunctionem respectum habeat, sequitur, in sponsis non habere locum. *l.* 9. §. 1. *de his, qui not. inf.* Sed de lucris & liberalitatibus quæritur, an quæ nuptis concessa, sponsis jure acceptis etiam debeantur. Et quidem de donatione proditum est discrimen, quod inter virum & uxorem prohibita, liceat tamen inter sponsos. *l.* 32. §. 27. *de Donat. int. Vir. & Ux.* An inde sequitur, commoda nuptarum sponsis quoque non deberi? Inde equidem hoc non sequitur. Leges enim *supra* citatæ sponsas in favorabilibus æquant nuptis; Id non tollitur ex eo, quod in pœnalibus atque odiosis separentur. Successionis ab intestato fundamentum est jure civili, voluntas & favor defuncti. Conjoges deficiente omni sanguinis linea, vocantur ex affectione defuncti. *l. un. D. & C. Unde Vir & Ux.* Ea res non habet respectum ad cohabitationem vel corporum conjunctionem. Atqui affectus erga sponsam non est minor quam in uxorem. Non erat igitur absurdum, edictum *Unde Vir & Uxor*, extendere ad sponsas. * Idem de lucro dotis & donationis propter nuptias, lege quorundam locorum competentis, videtur Costalio ad *l.* 1. *h. t.* & *l.* 5. *de Donat. int. Vir. & Ux.* Alber. Gentil. 2. *de Nupt. c.* 23. & aliis. Plerique tamen in legibus & contractibus mariti & uxoris nomine sponsas, juris & populari usu ab illis discretas, non contineri statuunt, sed opus esse ritu ducendi uxorem, ut fuisse dicantur & intelligantur uxor atque maritus, *l.* 24. *C. de Nupt.* cui accedit, quod dos, cui donatio propter nuptias respondet, respectum ad onera matrimonii habet. *l.* 20. C. *de Jur. dot.* Sunt Auctores & populi, qui copulam insuper hymenæi exigunt, ut commoda nuptarum adquirantur, adeo ut si in festivitate nuptiali sponsa decesserit, nec uxor fuisse, nec commodis nuptarum gaudere judicetur. Sed hoc quidem juris textibus adversari videtur. *l.* 30. *de R. J. l.* 15. *de C. & D. l.* 24. *C. de Nupt. l. pen. C. de Don. int. V. & Ux.* Mores Gentium, ut dixi, variant, teste Mornac. ad *l.* 7. *de Rit. Nupt.* Lamb. Goris *advers. tract.* 1. *cap.* 2. Wissenb. *ad h. tit. th.* 2. ubi & Sandium citat ex *lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 1. qui tantum de initio lucri & damni loquitur; quod cum sit ex *collaboratione*, ut citat ex Capit. Caroli Magni, merito inde auspicamur. Plus momenti habet hæc quæstio, in locis, ubi communio bonorum universalis inde ab initio matrimonii stabilitur, de qua specie tractat eleganter *d. loco* Goris. Sed pergamus ad Nuptias.

TIT. II.

De Ritu Nuptiarum.

I. Justæ nuptiæ & uxor injusta bifariam acceptæ. II. Olim uxorem usu captam non injustam, sed justam & Matremfam. fuisse. III. Consummatio matrimonii ptimo in promulgatione. IV. Ante Promulgationem inquirendum, an personæ sint capaces, ratione consensus eorum in quorum potestate sunt, ubi de Consensu. Parentum Jure Canon. & Naturali. V. De ratihabitionis effectu, remiss. *Responsio ad objectiones. VI. Filiam majorem annis* 25. *non eximi patris consensu VII. Quid hac parte Jure Frisico. VIII. Ad* Lib. 1. Stat. tit. 1. art. 6. & 7. De Consensu matris. *IX. Et Curatorum. Ubi de abusu potestatis Curatoriæ. X. Sufficere tacitum Consensum. XI. De celebratione* Ecclesiastica. *XII. De concubitu. Unde ætatis discrimen. XIII. Cum incapace procreandi sobolem, non consistere matrimonium. XIV. De visitatione & congressu. XV. An senectus prohibeat a Nuptiis. XVI. Remissio ad cætera.*

(a) ARgumentum hujus tituli late prosecutis *ad tit. Inst. de Nupt.* heic manu contractiore spicilegium, ut diximus, colligendum, dicta saltem ut non repetantur, idque secundum requisita nuptiarum, quæ a legibus præscripta, ut justæ Nuptiæ fiant, *loco citato*

(a) *Pos.* 1.

* Jure Saxonico, neque sponsus, neque sponsa quidquam, vel ex pactis dotalibus, vel statuto aut consuetudine loci, aut juris communis dispositione lucratur, nisi consensio thalami accesserit, *Const. Elect.* 19. *P. III.*

citato exposita & illustrata sunt. Operæ pretium est scire, quid sint *justæ* nuptiæ. In promptu est Justiniani responsio. Sunt ea, quæ *secundum præcepta legum* contrahuntur, *pr. Inst. de Nupt.* Adversus quæ si qui coierint, nec vir, nec uxor, nec matrimonium intelligitur. §. *pen. I. de Nupt.* Proinde quæ contra leges ducta est, hanc *injustam* vocari uxorem sequitur. Opponitur; quæ non est uxor, sive quæ contra legum præcepta ducta est, non fit adultera, quod supponit nuptias, nec adulterii potest accusari *l.* 13. §. 6. *ad L. Jul. de Adult.* Atqui *injusta* uxor etiam jure viri potest adulterii accusari. *d. l.* 13. §. 1. Quare sciendum, justam injustamque uxorem bifariam sumi. Primo, ut dictum est; secundo, pro solenniter, non solenniter ducta. Priore sensu Justinianus loquitur in *d. princ.* & Probus in *l. 9. C. de Nupt.* ubi *Justa uxor*, quæ domi cum affectu maritali, liberorum procreandorum causa habetur. Quintilianus *lib.* 5. *cap.* 11. Nihil obstat, quominus *justum matrimonium* sit, *mente coeuntium*, etiamsi tabulæ signatæ non fuerint &c. Suetonius de Vespasiano *Antoniam libertam quondam dilectam, revocavit in contubernium, habuitque etiam Imperator pene* justæ uxoris *loco. cap.* 3. Ovidius *noto versu*.

Quos faciant justos ignis & unda viros.

Rursus, quando solennis ductio per aquam & ignem in domum mariti omittebatur, hæc erat *injusta uxor*, uti fiebat, quando quæ prius concubina fuerat, affectione, titulo & dignatione maritali honorabatur, vel quoties furtivi amores nuptiis conglutinabantur, ut apud Terentium Demea ad filium, amasiam puerperam & sibi desponsatam domum ducere volentem:

Vin' tu huic seni auscultare? Quid? Mitte hæc face,
Hymenæum, turbas, lampadas, tibicinas,
Atque hanc in horto maceriam jube dirui,
Quantum potest, hac transfer, unam fac domum,
Transduce & matrem & familiam omnem ad nos.
Satius hoc,
Quam illam puerperam nunc duci huc per viam.

Hujusmodi uxor *injusta* vere tamen uxor erat, adulterii & accusationis jure viri capax. *d. l.* 13. §. 1. Sed altero sensu *injusta uxor*, contra leges ducta, non erat uxor, nec adulterii habilis, *d. l.* 13. §. 6. quod imposuit Cujacio *lib.* 3. *Obs. cap.* 9. putanti uxorem *injustam* esse, apud Ulpianum *d.* §. 1. quæ sine consensu patris ducta sit; ipse agnovit errorem & retractavit *l. 6. obs.* 5. Hæc sane & *injusta* dici potest, ut testamentum *injustum*, quod non jure factum est, neque valet, *l.* 1. *de Injust. rupt. irr. f. testam.* sed priore sensu *in d. l.* 13. §. 1. vox *injustæ* non adimit, sed limitat uxoriam qualitatem.

2. Cicero in Topicis: *Genus est uxor, ejus duæ formæ. Una matrum familiarum. Hæ sunt, quæ in manum convenerunt; altera earum, quæ tantummodo uxores habentur.* Hinc Brissonius *lib. sing. ad L. Jul. de Adult.* uxorem *justam* ait esse, quæ in manum convenit; injustam, quæ usu habetur. Conventio in manum fiebat ritu coemptionis, quando maritus uxorem quasi emebat certis verbis coram testibus decem, adhibito farre, unde *confarreatio* hic ritus, apud Ulpianum *tit.* 9. per illam cum omnibus suis bonis in mariti potestatem transibat, ut Cicero *ibidem*. Erat quasi adoptio, quam per modum emptionis celebratam fuisse constat, & diximus in *lib.* 1. *Digress. cap.* 4. *n.* 4. Servius ad hunc versum Virgilii: *Teque sibi generum Thetys emat omnibus undis. Quod ait*, EMIT, *ad antiquum nuptiarum pertinet ritum, quo se maritus & uxor emebant.* Mulier empta sic erat viro *filiæ loco*, scribit Boetius *in Top. Ciceronis.* Verum ut dominia rerum non modo per mancipationem, sed etiam usucapione adquiruntur, ita potestas maritalis in personam & res uxoris, præter coemendi ritum, etiam usu capiebatur, scilicet usu anni non interrupto, quod spatium rebus, quæ moveri poterant, erat præscriptum, *pr. I. de Usucap.* idque in uxore perinde fuisse observatum, patet ex Gellio *lib.* 3. *cap.* 2. *sub fin.* Quod si ante finem anni usucapio interrupta fuisset, uxor non erat in manu mariti. Interruptio fiebat *trinoctio*, ex lege XII. tab. quo intra annum a viro, si in manu ejus cum bonis suis esse nollet, secubare debebat. Interruptio usucapionis vocatur usurpatio. *l.* 2. *de Usurpat. & Usucap.* Hinc mulier per illud trinoctium *usurpata* dicebatur; quo pertinet quæstio ex Scævola apud Gellium *dicto loco* tractata, possetne usurpari mulier, quæ intra triduum ante finem anni a Viro secesserat. Alia igitur est usucapta, vel usu habita uxor, & alia est usurpata; opponuntur sibi invicem. Quæ usu capiebatur, æque erat in manu mariti, quam coem-

coempta, ficut ufucapio æque dominium tribuit, quam emptio. Sed ufurpata fubduxerat fe poteftati maritali, ut effet quidem uxor, non tamen jufta uxor pleno jure, five materfamilias. Non igitur hæc erat *injufta* uxor, quæ ufu habebatur & capiebatur, ut Briffonius, fed quæ ufurpata erat, ioquam. Ufu habita uxor, poft annum quoque in manum conveniffe dicebatur, ut docet Cicero *pro Flacco*, quem locum in hujus rei argumentum adduximus & illuftravimus *Part.* 2. *Digreff. lib.* 1. *c.* 17. *n.* 5.

Summa huc redit. Juftam uxorem, id eft matremfamilias, olim fuiffe, quæ in manum viri conveniffet, coemptione, vel ufu annali, fine ufurpatione trinoctiali; injuftam, id eft uxorem tantum, non matremfamilias, fuiffe primo, quæ aqua & igni quidem accepta, fed non coempta, nec ufucapta, fed ufurpata erat; dein, quæ ne folenniter quidem ducta, fed domi cum affectione maritali habita fuerat. Poftremo *injuftam effe* uxorem, quæ nec uxor quidem eft, ut funt omnes contra legum præcepta ductæ. *d. pr. &* §. *pen. I. de nupt.* Deductio igitur in domum mariti, non fuit neceffaria ut *uxor*, fed ut *jufta* uxor fieret, adeoque ad fubftantiam matrimonii non pertinebat, ut diximus ad *tit. I. de nupt. n.* 2. copiofe *in Part.* 2. *Digreff lib.*1. *C.*11. *& feqq.*

3. Sed illa fere ad jus antiquatum pertinent, quemadmodum requifitum Civitatis Romanæ, *de quo ad Inft. n.* 7. unde & de cæteris requifitis dicta non repetemus; verum quid ad nuptias atque ad Juftas nuptias, ut hodie funt receptæ, requiratur, quatenus in *parte priore* dictum non eft, videbimus. Poft contractum matrimonialem, quem ad fponfalia retulimus *tit. præced.* fequitur confummatio, quæ, ut hodie res habet, ad duo capita referri poteft, ad celebrationem publicam, & ad concubitum atque cohabitationem, quorum occafione articulorum, quæ de requifitis nuptiarum indicta *ad Inft.* occurrent, confiderabimus. Sponfalibus contractis, ubique juris & moris eft, ut contrahentibus, antequam ad concubitum & cohabitationem procedant, promulgationem petant Sponfaliorum trinis fere vicibus, * in eum finem, ut hi, quorum intereft, fe nuptiarum implemento, ex caufis legitimis opponere poffint. Promulgationem fequi debet celebratio & benedictio ecclefiaftica. Neglectæ promulgationis, pro moribus gentium, variæ funt pœnæ; apud nos eft mulcta duodecim florenorum in primum, viginti quatuor in fecundum, & pœna arbitraria in tertium neglectum, tribus feptimanis inter fingulas vices interjectis, 1. *Stat.* 1. *art.*11. ubi petitio promulgationis fieri dicitur apud miniftros ecclefiæ, vel apud judices; quod ad *præced. artic.* refpicit, ubi diftinguuntur reformati ab heterodoxis; ut illi ecclefiafticas, hi judiciales adhibeant promulgationes. Utrifque injungitur, ut fi qua difficultas juris indicat, ad Curiam Supremam fe referant. *d. art.*12. Ex quo dicendum videtur, hujus rei prima inftantia, notionem ad ecclefiæ miniftros fpectare: quod eft pontificii juris veftigium, a plerifque proteftantibus recepti, ut caufæ matrimoniales fint jurifdictionis *confiftorialis*, ut hæc tamen a fumma poteftate dependeat. Supremæ igitur Curiæ decretis ecclefiaftæ parere debent, falva ipfis cenfura morum; fed promulgationem a Curia conceffam fi recufent, remediis prætoriis compelli poffunt; quod experti funt ecclefiæ cujufdam civitatis in Frifia paftores, qui par hominum, qui per Curiæ fententiam conjuncti fuerant, e cathedra promulgare nolebant, hanc jurifdictioni civili non effe fubjectam, arbitrati. Sed modum agendi, qui eft ecclefiafticus, a jurifdictione dividere docti funt, evocati poft aliquot irritas juffiones, & parere coacti, anno 1681. Cæterum, in plerifque Belgii civitatibus promulgationis venia petitur a magiftratibus, etiam inferioribus, ut ecclefiafticis nudum promulgandi minifterium relinquatur.

4. Injungitur magiftratibus & ecclefiafticis, ut in perfonas promulgationem petentes inquirant, an nuptiarum capaces fint, cum ratione confenfus eorum in quorum poteftate funt, tum fanguinis & honeftatis refpectu; de quibus rebus ad Inftitutiones actum non agemus, fed intacta delibabimus. Quod ad confenfum ipforum contrahentium attinet, hunc ad fponfalia retulimus. De confenfu parentum, juris civilis ** requifitum executi fumus *ad h. tit. Inft.*

* Ita noftro quoque jure cautum, proclamationem Ecclefiafticam defponfatorum, fieri debere tribus vicibus, *Art. Gen.* 13. §. *es follen. verb. drey Sonntage nach einander.* j. *Ehe-Ordn.* d. Ann. 1614. punct. 1. §. *erftlich.* Carpzov. *Jur. Conf. l.* 2. *d.* 199. accedente difpenfatione tamen, item in cafu neceffitatis, ea contrahi, & una, vel binis vicibus tamen fieri, aut etiam plane omitti poteft. vid. Mencken. *Difp. de omiffa Proclam. Eccl.* §. 4. *feqq.*

** Vid *fupra P.*1 *p.*18 Quod fi tamen Parentes fine caufa confenfum fuum denegent, Confiftorium confenfum eorum fupplet. Carpzov. *Jur. Conf. l.* 2. *def.* 55. *fq.* Juftam autem diffenfus cauffam parentes habuiffe cenfentur, fi liberi fine ipforum voluntate pure fponfalia celebraverint. Id. *d. l. def.* 59. *& l.* 3. *Refp.* 110. unde etiam in cafu injufti diffenfus cou-

Inst. Jura canonum inter se parum convenire, diximus, & textus in diversum euntes citavimus *num.* 9. Quos ita plerique conciliant, an committunt; de honestate parentum quidem consensum requiri, ex necessitate nequaquam? Covarruv. de Matrim. *part.* 2. §. 8. Sand. 2. 1. 2. *vers. nam communis*.

Minus recte equidem Pontifices ἀναγκαστικὴν δύναμιν, coactivam vim, contra exemplum juris sacri & profani, huic liberorum officio subtraxerunt. Sed quod viri doctissimi totam hanc distinctionem inter honestatem & necessitatem, ut impiam iis exprobrant, jure fieri non videtur. Nonne honestas emancipatum filium æque ac filiumfamilias obstringit, nonne tam matris, quam patris consensum postulat? Et tamen neutro casu necessitatem contineri, exploratum est, *l.* 19. *de Rit. nupt. arg. l.* 2. *eod.* omni enim jure plus valet patris, quam matris potestas, & magis subjicitur qui pars est familiæ, quam qui exiit e familia; sed nihil attinet ea repetere, quibus toties hæc distinctio probata est, nominatim *Part.* 2. *Digress. lib.* 1. *c.* 7. *n.* 4.

Quin nec jus naturæ hoc loco ab eadem distinctione abhorret. Naturalis quidem ratio, ut honestati consentaneum suadet omnino hunc consensum, non tamen adeo præcise, ut absque eo matrimonium velit nullum esse; quia principium, dans actui internam validitatem, penes solos est contrahentes; nihil tam naturale est, quam ut quisque de facultate sua, id est eo, quod plene & directe ipsius est, libere disponat. Sed quid est tam proprie nostrum, quam gignendi jus; cujus naturalem consuetudinem quilibet ei, cui volet, per fœdus connubii, (nam vulgivaga venus humanum genus confundit) addicere potest? Accedit, quod uxorem qui ducit, novam condat familiam; ergo nec familiæ imperium patri jus prohibendi naturaliter tribuit, quia non pertinet hic actus ad familiæ ipsius statum. Nam quod Romano jure filius uxorem in domum paternam deducit, & pars ejus manet, ex instituto mere civili, non gentium fluxit, ut *alibi*. Interim gratitudinis & prudentiæ præceptum est, ut cum maximi res hæc sit momenti, consilium & voluntas parentum minime negligatur, quod multum a necessitate, a qua actus plane pendeat, differt. Hinc optime Theoph. *in d. princ.* naturalem rationem explicat: ἐπειδὴ δίκαιον τοὺς γονεῖς ταύτης ἀξιοῦσθαι τῆς τιμῆς *quia æquum est parentibus hunc honorem exhibere*, *in gratiam educationis*, ut addit. Hactenus interim manet pontificii juris nævus, quod a severitate divina & romana hac in parte recesserit. Nam licet usu illa distinctio in universum non careat, hic tamen non sequitur applicandam fuisse, quemadmodum certe applicanda non fuit. (1)

5. (b) Pertinet huc etiam nota quæstio de *Ratihabitione*, quam nuptias inde ab initio facere legitimas, ut liberis etiam ante ratihabitionem natis prosit, iique legitimi censeantur, probatum est textibus & rationibus *ad d. tit. Inst. n.* 10. cui sententiæ ratio populorum hodierna mosque notissimus eorum, qui jure Romano utuntur, quos inter *Frisii*, nullo quamlibet Statuto in contrarium, ex intellectu juris communis suffragatur. Sed responsionem ad textus rationesque discrepantis sententiæ, remisimus *ad hunc locum*. Summa nostræ positionis ratio, consistit in vi retrograda ratihabitionis ex *l.* 16. §. 1. *de Pignor. & l.* 56. *de Judic. & aliunde*. Hanc tamen convellit Vinnius ad *princ. Inst. de Nupt.* Ratihabitio *retro operatur*, ait, *in his, quæ sunt in pendenti, non quæ nulla sunt.* Sed unde probatur hæc distinctio? Ego falsam puto. Nam donatio inter virum & uxorem est ipso jure nulla, *l.* 3. §. 10. *de*

(b) *Pos.* 8. *& seqq.*

consistorii consensus impetrandus est, antequam liberi sponsalia contrahant. *Ord. Eccl.* tit. gen. *Von Ehe.Sachen.* Spec. *von Ehe-Gelebnissen.* §. *Dagegen.* Interim si sine Parentum consensu celebratis sponsalibus copula carnalis accedat, in matrimonium ea transeunt, secundum Carpzov. *P.* 4. *C. El.* 10. *def.* 15. *& Jur. Cons. l. c. def.* 60. licet liberi, ob neglectam Parentum voluntatem, exheredari, & carcere includi possint, ac emigrare quoque cogantur *j. d. Ord. Eccl. rubr.* §. *werden.* & Carpz. *d. def.* 60. Extra Electoratum tamen sponsalia, invitis Parentibus inita, per concubitum in matrimonium transire, negat Struv. *Jur. Rom. Germ. l.* 1. *t.* 6. §. 4. Fibig. *Coll. Legal. Sem.* 2. *qu.* 3. *j.* Sand. *l.* 2. *tit.* 1. *def.* 4.

(1) *Bene, quod secundum Auctoris assertum naturalis ratio suadeat omnino consensum parentum in contrahendis nuptiis adhibendum esse, non tamen adeo præcise, ut absque eo matrimonium contractum velit nullum esse. Idem, nec aliud jus Divinum vult, cum in sacro textu non desint exempla nuptiarum sine parentum consensu contractarum.* Gen. c. 26. v. 6. & seqq. Gen. c. 41. v. 45. Reg. 1. c. 18. v. 26. & 27. Tob. 9. v. 15. & 16. *Idem prorsus nec aliud vult jus Canonicum; idem plane volunt Patres Tridentini, dum testantur Ecclesiam Dei ex justissimis causis semper prohibuisse matrimonia filiorum sine consensu parentum contracta,* Sess. 24. c. 1. de reformat. matrim. *licet absque eo matrimonia contracta subsisterent. Adeoque non recte dicitur jus Pontificium a severitate Divina hac in parte recessisse, cum maxime hac in parte cum jure naturali & Divino conspirent Canones. Quod a severitate Romana recesserit, non est nævus, cum ratio juris Romani unice consisteret in rigido jure patriæ potestatis, quo liberi censebantur esse in dominio patris, quod nec Canones nec mores nostri agnoscunt.*

de donat. int. Vir. & ux. ratihabitio tamen efficit, ut ab initio valuisse censeatur, *l.* 25. *C. d. tit.* ubi præcipue quidem de testamentaria ratihabitione agitur, sed ratio, quæ sequitur, omnibus congruit; nec refert, quomodo fiat ibi ratihabitio, modo ad mortem usque duret voluntas. Porro nihil tam nullum est quam testamentum, in quo filiusfam. est præteritus, quod tamen, secuto filii consensu, usque ab initio convalescit. *l.* 17. *de Injust. rupt. test.* Adeo ut contra argumentari non verear: *Quidquid est nullum, fit ab origine validum, si postea acquiescat is, in cujus gratiam lex nullitatem statuit.* Contractus pupillorum, alienatio rerum minoris sine decreto, aliaque, de quibus *in loco*, sunt nulla, sed accedente pupillorum & minorum ratihabitione, (positis terminis habilibus) nunquam nulla fuisse videntur. vid. Sand. *lib.* 2. *Decis. tit.* 2. *defin.* 1. Atqui matrimonium sine patris consensu in gratiam patris est nullum; jus enim hoc est patriæ potestatis & libere ab ejus arbitrio pendet, ut solent ea, quæ ad favorem pertinent nostrum, *l. pen. C. de Pact.* Ergo si recedat ab hoc jure suo, tota nullitas in præsens & præteritum evanescet.

Quod Bachovius *vol.* 2. *disp.* 6. *th.* 5. *lit. C.* ratihabitionem negat retrotrahi *in his, quæ jussum requirunt*, ut nuptiæ, nihil nocet. Nam jussum hic nihil peculiare, verum simplicem consensum, etiam tacitum significare, probatum *ad Instit. ex l.* 5. *C. h.* Vel præcipitur quidem, non præscribitur, ut necessarius. Quin & sæpe, ubi jussus requiritur, ratihabitio valet pro jussu, ut in ipsa actione quod jussu, *l.* 1. §. 6. *Quod Juss.* & actione mandati. *l.* 60. *de R. J.*

Noster acutissimus Tim. Faber *disp. anniv.* 5. *th.* 8. & ex eo Vinnius ad *princ.* volunt, in textibus, quibus id, quod ratum habetur, retro valere dicitur, non tradi causas, in quibus id fiat, sed effectum ratihabitionis. Quod quidem primo falsum est. Nam quorsum alias verba *l. ult. C. ad SC. Maced. generaliter omnis ratihabitio &c.* nisi ad causas spectant, & verba *l.* 25. *C. de don. int. Vir. & uxor. sicut & alias ratihabitiones negotiorum gestorum*? Sed jam largiar, & assumam quod illi excipiunt. In his textibus tantum de effectu agitur. Sic est. Nam ratihabitio non efficit, ut nuptiæ revera justæ ab initio fuerint, sed eundem tribuit effectum, ac si legitimæ semper fuissent.

In quibus igitur non de effectu permanente, sed de facto tantum agitur transitorio; ibi ne quidem post ratihabitionem nuptiæ dicuntur ab initio valuisse; nec adeo magis id fieri potest, quam ut id, quod factum est, reddatur infectum, qua de re versiculos Agathonis ex Aristotele *lib.* 6. *ad Nicom. c.* 3. recitavimus ad *fin. tit. de Probat. & Præsumpt.* Non fit igitur per ratihabitionem, res vere gesta, quod pater ab initio consenserit; juris saltem effectus quidam supplentur, ac si inde ab initio suppleti fuissent. Exemplum in *l.* 13. *pr. de his, qui infam.* Pater est infamis, cujus jussu ab initio matrimonium intra annum luctus est repetitum, non quia postea ratum habuit. Etenim hic utique ipso facto non jussit, ad quod sanctio spectat. Ita nec adulteram accusare potest jure viri, post ratihabitionem patris, quæ antea se alii substraverit. *l.* 13. §. 6. *ad L. Jul. de Adult.* Nam talis accusatio veritatem facti supponit, quod fuerit justa uxor, quam ratihabitio non præstat: delictum est factum, quod aliter quam res acta est, se habere non potest. Ratihabitio ad effectum modo nuptiarum statumque liberorum pertinet. Temere igitur hi textus objiciuntur, qui & in materia versantur pœnali ac odiosa, quæ semper restringitur, nos in favorabili, quæ facile extensionem recipit.

Præceptor tandem noster, D. Wissenbach. *Disp.* 6. *ad Inst. th.* 21. regulam de ratihabitione tantum in contractibus valere contendit; sed frustra; Nam donatio an contractus est? Negat ipse, in qua tamen eadem regula servatur. *d. l.* 25. *C. de don. int. V. & U.* Ratihabitio vim suam retro exerit in his, quæ consensu fiunt; est enim subsequens consensus; ergo etiam in nuptiis, quæ licet contractus non sint, nihilo secus tamen liquido consensu fiunt.

Veruntamen alii defectus, qui terminos habiles nuptiarum tollunt, neque in partium consensu consistunt, non nisi a tempore quo cessant, vitium matrimonii corrigunt, & tunc liberis demum natis obesse desinunt. Hinc præses, qui feminam provincialem contra leges duxit, deposito demum officio, si tunc duret voluntas, uxorem incipit habere legitimam, & justos, qui postea suscipiuntur, liberos. *l.* 65. §. 1. *de rit. nupt.* Secuta & renovata voluntas hic non retrotrahitur; quia consensus non potest retrorsum operari in id tempus, quo nullus plane consensus esse potuit, ob vitium lega-

legale personarum. Si quis demum minorem annis 12. duxerit, hæc uxor erit, cum justos annos expleverit, consensus tunc secutus non reddet nuptias ab initio, quo ducta est, validas, quia tunc termini habiles deerant. *l.* 4. *de rit. nupt.* Idem in priori specie. Nam inter præsidem & provincialem nuptiæ nullo modo consistunt. Ratihabitio igitur emendat solum consensus paterni defectum, præsuppositis cæteris legum requisitis.

Postremo D. Vinnius multum tribuit contra liberos antea natos *Leg. XI. de Stat. Hom.* sed cum ea nihil de ratihabitione, tantum de statu prolis, avo ignaro conceptæ agat, nobis nihil officiet, nec dubitamus, de casu secuti consensus Paulum aliter responsurum fuisse. Proinde cum hæc sit iuris Romani sententia, nostrum quoque Statutum, negans ratihabitionem prodesse, de pœna incapacitatis, non de nullitate actus accipiendum erit. Hæc patrem respicit & liberos, illa contrahentes, qui deliquerunt. Patri satisfit, liberi juvantur ratihabitione; ipsi conjuges, merito pœna non liberantur.

Sed operæ pretium est videre textum. In Stat. *lib.* 1. *tit.* 1. *art.* 6. *in fin.* ubi sic habetur; pœnas matrimonii parentibus invitis contracti, habere locum, etsi contrahentes, post impletum concubitu matrimonium, ratihabitionem impetraverint. An non inde patet, ratihabitionem expressam vel tacitam, in implendis nuptiis adhibitam, prodesse liberis postea natis, sed contrarium esse dicendum, si post liberos natos ratihabitio accesserit? Ut Sandius etiam tradere videtur, *d. lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 2. Sed magis est, ut Statuta nostræ positioni nihil obstent. Agunt enim de pœna delicti, quo aliquis ipso facto puellam invitis parentibus duxit: quod commissum non mutatur per secutam ratihabitionem; Ideoque pœnam nihilominus obtinere, quidquid parentes pro sua indulgentia de jure potestatis suæ remiserint, publicæ disciplinæ vigori consentaneum est. Sandius quæstionem nostræ positionis non tractat, neque decisam refert.

6. (c) Consensus parentum cum sit effectus patriæ potestatis, quamdiu hæc durat, requiritur; & cum ætate 25. annorum ea non finiatur, non est dubium, quin & filia major sine consensu patris nuptias contrahere non possit. (*In locis, ubi ætas eximit a Patria potestate, hæc cessant.*) Nec operæ pretium erat huic quæsito immorari, nisi auctoritas Sandii nostri aliorumque hominum doctissimorum secus postularet. Sandius *lib.* 2. *Decis. tit.* 1. *def.* 5. statuit ipse & in Senatu refert esse judicatum, filiamfam. majorem annis XXV. sine patris consensu validum inire posse matrimonium. Nos eam sententiam nec Statutis probari, nec juris civilis rationi consentaneam esse, nec a Senatu ita adhuc esse judicatum credimus; quod ut ἀπροσδόκητον & *Sandio*, ut videtur, repugnans, forte aliquos offenderit. Verba Sandii, quibus sententiam Curiæ demonstrat, hæc sunt; *Hinc, cum quidam filiamfam. 25. annis majorem in jus vocasset, cum qua fatebatur se, inscio patre, matrimonium contraxisse, filia vero matrimonium negasset, ad probandum admissus fuit, cumque in probatione defecisset, absoluta est.* Unde colligi vult, si juvenis probasset contractum matrimonii, filiamfam. fuisse condemnandam. Sed quam id nullo modo tutum sit affirmari, norunt qui judiciis interfuerunt. Nam propter multitudinem causarum, quando partes circa facti historiam discrepant, omni die contingit, ut interlocutio ad probandum fiat, etsi facta illa non sint litis decisoria; sive quod non vacet judicibus exacte curioseque examinare, num sine claritudine illorum factorum causa finiri queat; sive quod speretur, e discussione factorum aliquid lucis causæ disceptationi adspersum iri.

Non ita pridem hæc quæstio rursus agitata est in Senatu Supremæ Curiæ. Cajus desponderat sibi filiam Titii majorem 25. annis, sine patris consensu, quanquam multis id egerat, ut probaret, patrem ex postfacto consensisse. Pater tamen nuptias detrectabat; Cajus eum in Jus vocaverat, petens, ut condemnaretur ad permittendam celebrationem nuptiarum; virgo subscripserat libello. Pater jus patriæ potestatis allegabat, nec sibi imputari posse moram in elocanda filia; esse virum alium ecclesiasticum boni moris & familiæ, cui filiam destinaverat. Cum ad rem judicandam ventum esset, primo quidem Domini consentiebant, exemplum *Sandii* non facere judicatum Curiæ, nec adeo quæstionem adhuc esse decisam. Pars etiam major, re bene disceptata, sentiebant, non esse verum, quod filia major annis 25. sine patris consensu nuptias contrahere possit: cum enim nullum sit aliud ejus sententiæ fundamentum, quam in *Nov.* 115. *c.* 3. §. *si alicui* 11. quam urget *Sandius*, ille textus bene examinatus nihil ejusmodi continet.

(c) *Pos.* 5.

tinet. Verba sunt; *Si vero usque ad viginti quinque annorum ætatem perveniret filia, & parentes distulerint eam marito copulare, & forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, conjungere; hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus imputari: quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur.* Videmus, quæstionem hujus loci esse, non, an valeant nuptiæ, sed an filiæ ingratitudinis loco sit imputandum, quod inscio patre sibi consuluerit, ita videlicet, ut exheredari possit; qua de re per totum hoc caput unice disseritur. Si leges hactenus ignoscunt impatientiæ virginis a patre vel a procis tam diu neglectæ, ideone matrimonii contractus omni jure subsistet? Sandius ipse docet, ex eo, quod majoribus annis viginti puellis remittitur pœna Statutaria; ne quid conjuges sibi mutuo relinquant, non sequi tamen, nuptias subsistere. d. lib. 2. tit. 1. def. 5 in fin. In hac novella nihil habetur, quam exheredationis pœnam remitti; quid causæ est, ut ex hujus remissione pœnæ conjugium magis convalescat? Et quare ætas tot annorum sequiorem sexum magis subducet patriæ potestati, quam filios, de quibus textus non loquitur, nec Sandius sentit? An, quia difficilius puellæ tolerant virginitatis onus, quam juvenes? Ratio lenone quam Cæsare dignior. Num quid in textu *d. Nov.* 115. *c.* 3. §. 11. reperitur, quod huic sententiæ, quam mirari liceat a tam multis esse receptam, dederit causam? Proferuntur hæc verba; *Si forsitan contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito, libero tamen, se conjungere.* Unde colligunt, *posse talem filiam se conjungere marito.* Sed recte Bachovius *ad Treutl. Tit. de rit. nupt. th.* 5. observat, illis verbis minime legitimum intelligi matrimonium, sed conjunctionem facti qualemcunque; idque probat ex verbis *libero tamen*, quæ exceptio indicat, illic agi de conjunctione, quæ de serva etiam prædicari posset, alioqui inepta foret limitatio; at de servo matrimonium nullo modo potest dici, siquidem cum eo dumtaxat est contubernium, non conjugium. *l. 3. C. de Incest. nupt.* Aliud evidentius argumentum ad id refellendum, ex ipso textu Nov. suppeditatur. Etenim si hæc verba textus: *Si forsitan contigerit eam sine consensu parentum marito se conjungere*, virgini jus darent id faciendi, quod in conditione memoratur, idem prorsus eveniret in his verbis, quæ habent eundem contextum; *Si contigerit eam in corpus suum peccare*, cum eodem spiritu a Cæsare pronuncientur, quod tamen absurdum esse nemo non videt. Denique, Justinianus ne quidem ingratitudinis absolvit filiam viginti quinque majorem annis, *nisi parentes distulerint eam marito copulare*, ὑπερθῶνται, inquit, *rejecerint*, cum esset occasio. Plane in id facile consentias, filiamfamil. perfectæ ætatis, facilius auctoritate publica parentis consensum elicere posse. His convenienter D. Saekma Curiæ nostræ Senator, ad notas MS. in *art. 6. lib. 1. tit. 1. Statut.* refert, anno 1610. ante ferias O. S. a Senatu judicatum esse, filiam etsi majorem annis XXV. sine patris consensu nubere non posse, nisi pater filiæ conditionem non quæsiverit, ut est in *l. 19. h. t.* hoc est, si requisitus a filia sine justa causa negaverit. in causa *Uylke Tjaerts, contra Saep Tjaerts*, & rursus in *causa Casparis de Jonge, contra Claes Joukes. ante ferias O. S.* 1619. Filium quoque majorem annis 25. sine patris consensu nihilo magis uxorem ducere posse, Curia Suprema censuit, in causa *Antje Pieters contra Heyn Doeckes. d.* 30. *May* 1682. Factum tamen est, ut tum temporis Cajus ille sponsa potiretur, sed ob rationes facti magis quam juris illius ex *d. Nov.* 115. in causa *Georgii Blankart contra Isaacum van der Hellen.*

7. Sed liceat hic obiter digredi & quærere, an huic sententiæ jus Frisicum obstare non videatur, *artic. 6. lib. 1. tit. 1. Statut.* Ubi cautum est, *Si quis filiamfam. minorem annis XX. sine consensu patris aut matris duxerit, vel mulier filiofam. minori annis XXV ita nupserit, eum vel eam nihil de bonis alterius, dotalitii, aut ullius lucri ex causa matrimonii nomine percipere posse.* Nam exinde sequi videtur, si quis filiamfam. majorem annis XX. duxerit invitis parentibus, sine distinctione sexus, *sonder consent van Vader ofte Moeder*, eum pœnæ expertem esse, ac ita matrimonium illud valere: quod etiam inde patet, quia prohibetur aliquid nomine *dotalitii* vel alterius lucri matrimonialis percipere; quæ prohibitio vel pœna, *matrimonium consistere* supponit. Non temere movetur hæc difficultas, quam auget observatio Thomæ Herbaji Viri Cl. in notis *M. S. ad d. art. 6.* qui non dubitat collectores Statutorum hac parte erroris arguere: *cum jure civili*, inquit, *consensus parentis in nuptiis filii tam sit necessarius, ut & jussus præcedere debeat, ac quod contra factum est, id irri-*

irritum sit, utique supervacuum est, quod de dotalitio bonisque dotalibus statuitur, quæ nulla esse possunt, ubi matrimonium nullum. Itaque, quod bona pace dictum sit, qui colligendis his constitutionibus præfuerunt, non videntur percepisse, huic constitutioni inesse aliquid ex errore canonistarum, qui & invito patre volunt valere matrimonium. Contra quem errorem cum Carolus imperator V. (est enim Carolina Constitutio in *d.* §.6.) *autumaret, se nihil posse statuere quoad matrimonium ipsum, cavit saltem de dote. Proinde tolli debuerant quæ de dote etiamnum hic habentur.* Hactenus Herbajus; Verum ad hanc objectionem haud incommode responderi potest; sicut matrimonium inter personas prohibitas est *putativum*, ita dotem quoque vel dotalitium ejusdem esse naturæ, nomine tale, revera nullum; quemadmodum mulier, quæ nubit avunculo, nihil agit ipso jure, *dotem* tamen, quam dedit, recuperare dicitur. *l. ult. D. de Condict. sine causa.* Plus difficultatis est in priore scrupulo, quod prohibitio tantum de filiabus annis XX. & de filiisfam. *art.* 7. annis XXV. minoribus loquitur. Nam hoc ipso, quod pœnam statuit in eos, qui ducunt filiasfam. minores annis 20. & in eas, quæ nubunt filiisfam. minoribus annis 25. sequi videtur, Statutum permittere nuptias cum illa ætate majoribus, sine parentum consensu. Valde equidem vereor, ne non auctores Statuti in ea fuerint sententia, nuptias a filiisfam. contractas per se esse validas, præsertim quia in *artic.* 5. *ἀμέσως* præcedente, matrimonium in prohibito gradu sanguinis *penitus irritum* declarant, cum in defectu consensus paterni nihil ejusmodi exprimant. Quando tamen praxi adsidua non interrupta, nullitas recepta est, dicendum videtur, eas pœnas ipsi facto esse impositas, nullitatis ratione seorsim considerandа, quam non abolitam Statuto, manere, sicut est jure civili constituta; præsertim quia nihil vetat, illam pœnam, quæ matrimonium *de facto* supponit, cum nullitate juris consistere. Eaque interpretatio inde juvatur, quod incapacitas lucri dotalis, non infligitur ipsis nuptiis, sed ei tantum, qui minorem annis viginti puellam *sollicitat atque seducit.* Ipsa puella seducta, juvenis etiam minor annis 25. non prohibentur ejusmodi capere lucra, *d. art.* 6. *& sequ.* Facto sive commisso pœna Statuti imponitur; de nuptiarum validitate cum nihil constitutum sit, hæc juris communis decisioni relicta censetur.

(d) *Pos.* 6.

8. Proinde cum pœna illa *non lucrandi*, teneat æque ob neglectum matris quam patris, *d.* §.6. valor matrimonii sine matris consensu initi, similiter juri communi relinquendus videbatur. Ac ita, sicut nuptiæ liberorum, qui patris consensu carent, sunt nullæ, eodem modo consensus matris absolutam nullitatem inferre non posse videbatur, qua de re locuti sumus *ad h. t. Inst. n.* 11. in hanc sententiam, esse quidem filiæ minori annis 25. matris & propinquorum consilium adhibendum, at ipsi electionem esse liberam. Receptior tamen est interpretum sententia, matris consensum filiæ minori 25. annis esse necessarium; quos enumerat Sandius *d. lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 2. quorum sententiam Curia nostra sequitur, ut idem testatur, & Herbajus *not. MSS. ad d.* §.6. Patre scilicet non extante, quod, ut res loquatur, sollicite tamen ab Herbajo monetur.

9. (d) Jure Romano curatores nihil auctoritatis, quod ad nuptias, in adultos adultasve exercent, quia curator rebus datur, & nuptiarum jus inter mere personalia habetur, *l.* 20. *de Rit. Nupt. & l.* 8. *C. eod.* Unde quæ sub curatoribus est, magistratus, propinquorum, & suo arbitratu nubit; de curatoribus *οὐδεὶς λόγος*, *altum silentium. l.* 20. *C. de Nupt.* Sed jus Frisicum *d. tit.* §. 13. *Similiter*, ait, *qui subsunt curatoribus, matrimonium ne contrahant sine curatorum consensu, idque sub pœna, quod sit futurum nullum, quidquid alter alteri reliquerit.* Præter hanc pœnam, D. Sandius statuit *eod. tit. def.* 6. nuptias, insciis curatoribus initas, esse nullas, quod intellige, nisi ætatem modo in filiabus definitam excedant; idque Curia nostra servat. In cujus auctoritate libenter acquiescimus, quanquam contra disputari poterat. Nam si pœna Statuti non tollat id, quod jure communi præcipitur, sed cum eo conciliatur & jungitur, modo possint concurrere, ut Sandius ipse docuit *defin.* 1. 2. 3. 4. 5. cur non idem hic fiat? Qui ducit puellam ignaro curatore, nihil unquam ab ea lucrari potest; hactenus, nec ultra recedit Statutum a lege Romana; quid obstat, quominus reliqua conveniant? An verba prohibitionis, *ne contrahant &c.* Atqui ipse habet simile in *defin.* 1. Statutum ait, *Nemo contrahat nuptias, nisi post trinam proclamationem & ἱερολογίαν, sub pœna pecuniaria.* Heic sola mulcta habet locum, & nuptiæ absque illis valent, etsi directa & concepta sit prohibitio, ex ratione juris civilis.

Qui-

Quidni & hic Statutum cum jure Romano concilietur, quatenus illud non mutat? Amplius, qui filiamfam. absque patris consensu ducit, eadem mulcta adficitur: valor tamen nuptiarum dispositioni juris communis relinquitur, ut *supra* intellectum est. Heic prorsus eadem ratio est. Jus commune vult nuptias valere, quæ sine curatoris adsensu contractæ sunt, & Statutum hac parte nihil mutat. Unde igitur diversa conclusio?

Si curator primo dissensit, deinde voluntatem adhibuit hac lege, ut bona quædam puellæ fideicommissi onere adfecta, in utilitatem propinquorum consentientium sequestrarentur, valetne promissio? Non valere, judicatum est; quia nec matrimonii, nec tutelaris officii, mercatoria vel mercenaria est natura, *in causa M. T. S. adsistente marito, contra C. V. W. cum sociis d.* 16.*Mart.*1680. Quin ob ejusmodi & similia commissa in curatorem animadverti potest, si potestate sua temere sit usus in negandis vel concedendis sponsalibus, ejusque ab arbitrio ad judicem provocari potest. Ita cum vir spectabilis puellam suæ curæ commissam, fratri suo collocasset in matrimonium, Curia quidem matrimonium, re non integra non rescidit, curatorem tamen ab officio suo removit, *d.* 20. *Decemb.* 1636. *In caus.i Orieii Doyem, contra Pybonem a Doma & N. Vogelsang cum Dorothea Tædema.* An puella curatori subdita, in locis ubi jure communi utuntur, sponsalia prætextu ætatis & curatoriæ potestatis retractare queat, *ad Inst.* dictum est. Magis est, ut ratione juris non videatur.

10. Consensus parentum & curatorem expressus esse debet; Ait enim Imperator in *d pr. I. h. t.* jussum præcedere oportere. Quod tamen ita accipiendum, ut magis commendetur, quam sub pœna nullitatis injungatur, quod attinet ad *jussum præcedentem.* Textus enim alii docent, sufficere, si pater sciat nuptias, nec contradicat. *l.* 7. §.1. *de Sponsal.* & *l.* 5. *C. de Nupt.* Verumtamen inter expressum & tacitum consensum discrimen ingens tradit Sandius in *lib.* 2. *tit.* 7. *def.* 2. ubi vult patrem non amittere usumfructum in bonis liberorum, si non nisi tacite consenserit, quem, si jusserit, amittat. Sed non esse hoc discrimen juridicum, neque a Curia probatum diximus in *Part. II. pag.* 44. Nec adeo curator, qui scivit nuptias promulgari, neque contradixit, a rationibus & reliquis reddendis, præstandis liberatur; scivisse autem creduntur, qui in eadem provincia fuere, cum promulgationes more solito publiceque factæ sunt, ut a Curia judicatum est, in causa *Annii Tarquinii nomine uxoris, contra Annium Boetii.* Condemnatus hic est, ut curator, Annio, nomine uxoris, rationes & reliqua præstare, licet absque ejus consensu matrimonium esset initum, sed promulgatum sine ejus oppositione, cum in loco satis propinquo habitaret. *Ante ferias Natal.* 1680.

11. Satis prolixe de consensu; post ea, quæ *ad Instit.* hæc de re exposita fuerant; neque de cæteris capitibus tantum est, quod heic addendum occurrat. Post promulgationes rite factas, sequitur ecclesiastica copulatio, qui ritus sane vetus & laudandus est, adeoque a viro gravi non facile omittendus, etsi tempore Justiniani, seculo sexto, non fuisse ritum hunc in usu, patet inde, quod altum ejus in toto jure silentium sit, ut recte observat Rittershus. *ad Nov. part.* 4. *c.* 1. *n.* 18. Non debent igitur sponsi ante copulam ecclesiæ ultra primam lineam amare, nec copulam addere carnis. A majoribus natu accepimus, olim sponsos coram facie ecclesiarum nostrarum rogari solitos, utrum delibassent τὴν εὔνοιαν, an castum intactum custodivissent; si fatерentur obreptum esse, pœnitentiam ante benedictionem publice profiteri cogebantur. Transiit antiquus rigor, cui par non fuit posteritas. Sed majoris momenti & celeberrima quæstio est, an ejus omissio matrimonium faciat nullum, liberosque illegitimos, si de affectione tituloque conjugii non dubitetur. Negatur, si nullitas lege speciali sancita non sit, quemadmodum in Hollandia Zelandiaque, & in pontificiis oris ex concilio Tridentino, *sess.* 24. *c.* 1. Tulden. *ad Tit. C. de Nupt.* §. 3. Apud nos mulcta, quam diximus, imponitur XII. florenorum prima vice, & secunda post tres septimanas XXIV. Sed a quo tempore mulctarum illæ vices incipiunt? A tempore primi congressus, *van de eerst byeenkomste*, ut judicatum refert D. Saekma Senator in causa *Dris Epema*, contra *Jlke Obbes* cum uxore. *d.* 27. *Octobr.* 1627. Sed ambigua sunt verba primi congressus, utrum de concubitu, an de cohabitatione sint accipienda. Nam utrumque sensum fert vocabulum *byeenkomste.* Priorem sensum antiqua severitas exigere videtur. Magis tamen est, ut conventus & cohabitationis initium sit intelligendum: nec enim mulcta ex-

exceffui amoris, inter fponfos jure conjunctos impofita videtur, faltem ut hodie fert hominum mos & opinio. Sed matrimonium in fe valere, quando conftat, virum & mulierem fe pro conjugibus invicem habuiffe, de jure certum, & perpetuo apud Frifios exiftimatum eft, tefte Sandio *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 1. & Saekma Not. *lib.* 1. *Stat. tit.* 1. *art.* 7. abundantibus exemplis; quibus adde fis, quod etiam liberi e tali conjunctione nati, jure fuccedendi gaudeant in præjudicium quoque diverfi matrimonii & liberorum inde natorum, ut Curiæ vifum eft *in causa Auke Baukes cum foc.* contra *Fridericum Henricum.* ante ferias caniculares 1671. & fæpe alias. Neque tantum, fi benedictio facerdotalis, fed etiam, fi promulgatio penitus omiffa fuerit, ex eo folo, quod vir mulierem uxoris titulo dignatus fit; etfi probabile effet, id pudoris caufa magis, quam ex vero affectu fuiffe profectum, nec unquam vir ullum actum contractus conjugalis celebrare voluiffet, ut ufu venit obfervari in caufa *Thomæ van der Mark Domini de Leur contra Chriftianam Taepkens ante magnas ferias* 1682.

12. Poft benedictionem ecclefiafticam, (cujus loco heterodoxis injungitur fere confirmatio judicialis) fequitur concubitus, in quo præcipue definit implementum matrimonii. Cujus exercitium quidem ad matrimonium contrahendum non pertinet; aptitudo tamen & potentia, eft requifitum neceffarium, *ut Mafculi fint puberes, feminæ viripotentes, pr. I. de Nupt.* Ratio autem, cur feminæ celerius quam mares ad nuptias maturefcant, redditur ab Horo apud Macrobium 7. *Saturn. c.* 7. quia *calent amplius, & calor femper generationis caufa eft.* Idem Athrylatus medicus apud Plutarch. 4. *fympof. qu.* 4. tuetur, & experimentis demonftrat. Quin & Hippocrates *lib.* 1. *de morbis mul. fect.* 5. feminas fcribit habere θερμότερον τὸ αἷμα, *calidiorem fanguinem*, adeoque θερμοτέρην τοῦ ἀνδρὸς, *viro calidiorem effe mulierem.* In contrarium Symmachus, apud Macrob. *d. loc.* & *quod cito* ait, *admonentur generationis, non nimii caloris, fed naturæ infirmioris eft, ut exilia poma celerius maturefcunt, robufta ferius.* Athrylatum refellit etiam Florus apud Plutarch. *loco cit.* Ariftoteles quoque *lib.* 4. *de generat. animal. c.* 6. ἀσθενέτερα γὰρ ἐσὶ καί ψυχρότερα τὰ θήλεα τὴν φύσιν. *Sunt enim feminæ debiliores atque frigidiores natura.* Imo hanc ait effe rationem, ὅτι πάντα πρώτερον ἐπιτελεῖται τοῖς θήλεσιν ἢ τοῖς ἄρρεσιν, διον ἥβη καὶ ἀκμὴ καὶ γῆρας. *Quod omnia in feminis celerius quam in maribus perficiuntur, veluti pubertas, virilis ætas & fenectus.*

13. Eft igitur gignendi pariendique capacitas fubftantiale requifitum. Quare fi conftet, alterum effe ineptum ad prolem faciendam, matrimonium eft ipfo jure nullum, ut fi vir eunuchus, mulier tam arcta fit, ut mulier fieri nequeat, ficut Ulpianus ait in *l.* 14. §. 7. *de Ædil. Ed. Non fatis eft, maritum folo tantum ofculo putari.* Quintilian. *Declam.* 229. Idem: *Maritus non eft, qui pater fieri non poteft. Declam.* 279. Unde licet mulier velit, cum eunucho tamen non conftare nuptias, verius eft, etfi ex eorum genere funt, quos Terentius *maximos ait* effe *mulierum amatores, fed nihil poteffe*, quibus & mulieres quandoque corruptas, laffæ voluptatis imitamento detectari, fcribit Juvenalis *Satyr.* 6.

Sunt quas Eunuchi imbelles & mollia femper
Ofcula delectent, & defperatio barbæ.

Hujus generis agitatam fuiffe litem *Parifiis*, eruditorum diaria nos erudierunt. * Dionyfius Binotius Mayenenfis, impos gignendi, nuptias contraxerat cum puella, parentum ejus confenfu. Verum facerdos nuptiis benedicere nolebat, eamque recufationem judex Mayenenfis, cum Binotius impotentiam fateretur, approbaverat. Appellavit Senatum, Parifienfem cum fponfa fibi juncta. Nitebantur *cap.* 4. *X. de Frigid. & malef.* ubi de arctis five claufis fancitum eft, *Quae tanquam uxores habere non poffunt, habeant ut forores*, nempe fi animo confentiant. *cap.* 5. Patrocinabatur illis celebris *Talonius.* Curia tamen contra communem expectationem fententiam priorem confirmavit, *Audientia magnæ Cameræ, die Jovis* 8. *Jan.* 1665. fapientius quam Lucius & Celeftinus Pontifices, *in dd. c. c.* 4. & 5. quos textus alii de tolerantia ex poftfacto, forte non temere, accipiendos putant. (2) Rectius fane Auguftinus: *Propagatio liberorum prima eft &* natu-

(1) Recte judicavit fenatus Parifienfis, cum fuiler in matrimonium conjungi nequeant. Si tamen de facto putative junxiffet, quid vetat cohabitationem ipfis concedere, prout eam concelunt Pontifices in c. c. 4. & 5. X. de frig. & malefic., fic licet ut vir tanquam fororem eam habeat, quam tanquam uxorem habere non poteft. De quo cafu tantum, nec aliter accipiendi funt in c. c. cit.

* Similis lis in Foro Saxonico agitata eft, de qua fi lubet, vide *Conjugium Eunuchi, die Capaunen Heyrath, h. e. fcripta & Judicia varia de Conjugio inter Eunuchum & Virginem Juvenculam An.* 1666. *contracto, tunc temporis a quibufdam fupremis Theologorum Collegiis petita, poftea hinc inde collecta ab* Hier. Delphino *&. P. Hala* re, 1718. 4.

naturalis causa nuptiarum, ait in *lib.* 1. *de Adult. conjug.* Cum sterili tamen non est prohibitum; etsi minus, ubi constet, laudabile matrimonium, quo si non adsequimur τὸ τεκνογονεῖν, procreationem liberorum, evitatur tamen τὸ πυροῦσθαι, *ustio*, quem utrumque scopum Apostolus agnoscit 1. *Corinth.* 7. Non sunt modo nuptiæ, verba Chrysostomi, παιδοποιΐας ἕνεκεν, ἀλλὰ καὶ ὑπὲρ τοῦ σβέσαι τὴν τῆς φύσεως πύρωσιν, *non tantum ad liberos procreandos, sed etiam ad extinguendam naturæ ustionem de Virginitate cap.* 19. Quæ ratio cessat utraque in impotentibus ineptisque τὰς παιδοποιοῦ ἄλοκας, ut ore Jocasta Doriensi loquitur in *Phaenissis.*

14. Sed est discrimen haud dubie inter eunuchos sive castratos, & impotentes: quod, cum illis nuptiæ statim ut initæ, nullæ sunt de jure, sic etiam facto impediuntur; cum his contractæ, si spes non omnis decollaverit, valent, *l.* 39. §. 1. *ff. de Jur. dot.* dum legitimum patientiæ, quod est triennale tempus, exegerit alter. *Auth. sed hodie C. de Repud. Nov.* 22. *c.* 6. *c.* 3. *c.* 5. *& c. ult. X. de Frigid. & malef.* At tum quidem matrimonium recte nullum censetur fuisse, licet divortium quoad eventum appelletur, ubi discessus placuerit: sin consentiant, manent ut sorores *d. c.* 3. Si vero dubium sit, & vir impotentiam suam neget, primo quidem inquisitio instituitur, an aliam aliquam cognoverit, *d. cap. ult.* Si nec hoc constet, ipse tamen sese habilem profiteatur, in foro pontificio mos est antiquus instituendi visitationem, & deinde specimen congressus, in quo si vir se virum non præstiterit, divortium decernitur; de quo more Robertus *lib.* 4. *rer. Judic. c.* 10. *Testes*, inquit, *mulierum hujus seculi procacitas & licentia, ut nihil fere quidquam occurrat in judiciis & Senatu frequentius impudicis istis expostulationibus, & lascivis nuptarum querimoniis; quæ non modo non vindicantur, sed & magno fori ecclesiastici dedecore etiam cum applausu admitti solent. Statim enim visitatio indicitur eorum, quæ natura velavit. Mox decernitur congressus, ut prato lasciva colluctationis ludicro immodesta libidinosæ puellæ cupiditas exerceatur*; Adde sis: *Patrum illius ecclesiæ ipsorum*; quos inter multos esse fratres *Cornelio Brugensi* similes, qui tam facile ad ejusmodi inverecunda specimina procedant, veri perquam simile est; mos enim ille visitandi, plane *Cornelianus*, imo turpior est. Sic Robertus: *In visitatione uterque conjugum & vir & mulier, nuda corpora exhibere judicibus*, (Ecclesiasticis) *medicis, matronis jubentur.* Deinde: *In ista autem membrorum denudatione, quæ judice ecclesiastico decernente fit, illud indignissimum est, cæteras corporis partes, quas honestate permittente, revelare licet, tectas & opertas manere: quas autem natura velut obscœnas celari & abscondi voluit, eas solas nudari & proferri.* Describit deinde vir gravis modum visitationis: *Puella resupina jacet*, & cætera, quorum pudet. Digniora quæ sunt, ex Cypriano, Ambrosio, Augustino, refert. Item exempla rationesque ad arguendam incertitudinem visitationis & *congressus*, qui fere sequebatur: *Cur ad congressum tamquam ad sacram anchoram recurritur*, inquit, *cum etiam plerumque nulla frigiditatis suspicione, multi casus eveniant, quibus coeundi facultas sistitur & impeditur? Quis dubitat coitum veneficis artibus carminibusque magicis retineri?* Quod exemplis prosequitur. *Sed quid solas artes magicas accusamus, cum etiam sine maleficio vires sæpe desiderio non respondeant?* Sed nihil attinet, quæ ab illo magno labore & eloquentia in hanc rem congesta sunt, excerpere. Mirari licet, tantam fori Pontificii turpitudinem fuisse toleratam, ut ante paucos annos, cum falsitas examinis illius priapæi nobili exemplo comperta fuisset, a Senatu Parisiensi visitationem & congressum publicum intelligam esse prohibitum. (3) Tu di-

(3) *Modum probendi impotentiam per congressum, qui apud Gallos in usu, & tandem publica autoritate sublatus fuit, reprehensione dignum esse, lubens admitto. At immerito hoc praxis in universum foro pontificio obiicitur, cum vix extra Galliam in usu fuerit. Exaggerata quoque sunt quæ Auctor hic ex Roberto lib.* 4. *rer. Judic. c.* 10. *refert, licet enim interloquente judice ecclesiastico injungeretur congressus, non tamen jubebatur maritus in conspectu judicis cum uxore coire, sed in conspectu medicorum & obstetricum, uti refert Anton. Despeissius in operibus gallice conscriptis, tom.* 1. *p.* 1. *tit.* 12. *sect.* 7. *nec contrarium colligi potest ex adducto Roberti loco. Hinc, Just. Henning. Boehmer in jure Eccles. protest. tom.* 4. *tit.* 14. §. 12. *non dubitat asserere, errasse H. Hertium in dissert. de inspect. oculari* §. 17. *existimantem, maritum in conspectu judicis cum uxore coire jussum fuisse, & hoc utquidem probabile esse ait. Quod attinet, morem visitandi, is, ubi necessitate exigente adhibetur, censuram Auctoris non meretur, maxime si attendamus, obstetricibus, vel medicis & chirurgis, peritis dumtaxat, inspectionem esse committendam: nec judicis est huic inspectioni adsistere, cap.* 6. & 7. X. *de frigid. & malef. ejus est ad relationem peritorum sententiam ferre. Recte Robertus, ad quem Auctor ipse provocat loc. cit. ait nuditas inverecunda est, si quis publice sine causa nudum se exhibeat; sæpe tamen nuditas ex causa aut laudatur aut non improbatur. Potuisset itaque Auctor his tam vagis & incertis exprobrationibus supersedere, nec addere debuisset, vere-*

simi-

dices, quomodo igitur lis finietur super impotentia virili? Præsumptio erit pro viro, si extrinsecus nihil defectus appareat, nec ille fateatur; eademque est contra mulierem, tam propter inverecundiam ejus, quam quod in sacris literis orbitas semper mulieribus, nusquam viris imputetur: quod argumentum memini celebrem Theologum suppeditare cuidam Philosopho, cum orbitas huic objiciebatur.

15. (e) Igitur impotentia, sive ante pubertatem, sive in ætate virili, nuptiis est impedimento, non æque senectus, quæ licet effœta, nunquam tamen prohibetur, nisi quatenus *Res ipsa vetat*, ut alio sensu Ovidius. Lege Papia Poppæa limitatæ, non prohibitæ erant seniles nuptiæ: nam vir sexagenario major, non poterat ducere mulierem quinquaginta annis minorem. Et mulier quinquagenaria, minori annis sexaginta nubere non poterat, ne scilicet aptum proli faciendæ semen inutiliter effunderetur, apud Ulpian. *tit.* 16. §. *ult.* Sed hanc limitationem sustulit Justinianus in *l.* 27. *C. h. t.* etsi nuptias decrepitæ senectutis minus esse laudabiles, e rationibus commemoratis non obscure colligi possit.

16. Reliquum matrimonii implementum, in cohabitatione mutuisque conjugum officiis, in potestate maritali, subjectione conjugis, consistit: Sed his de rebus, vel actum est in *lib.* 3. *de Jur. Civit. c.* 1. *& sequ. Ad tit. ff. de His, qui sui vel alieni Juris sunt*, vel agetur *ad tit. de Tutelis*, aut infra *de Divortiis*. Non placet etiam latius agere de matrimonio sanguinis ratione prohibito, * quam est actum *ad tit. Inst. de Nupt.* Præsertim quia caput hoc plena manu executi sumus in *lib.* 2. *Digress. cap.* 14. *preced. & seqq.* Ideo de Secundis nuptiis, quod superest, caput absolvemus.

DE SECUNDIS NUPTIIS.

I. Secundæ Nuptiæ, non illicitæ, at odiosæ. II. Sanctionum pro liberis prioribus contra secundas Nuptias, prima ex l. 3. C. de Sec. Nupt. *III. An ex tribus conjugiis primi liberi tertiis præferantur. IV. Quatenus parens binubus de illis bonis habeat testandi facultatem. V. Secunda sanctio ex* L. Hac Edictali. 6. C. de Secund. Nupt. *VI. De Tutela ac educatione matri binubæ adimenda. VII. De usufructu uxori binubæ relicto. VIII. De non revocanda donatione ob ingratitudinem. IX. Pœnæ secundarum nuptiarum intra annum luctus. X. Casus, quibus cessant pœnæ secundarum Nuptiarum*, ubi, *an, si conjux defunctus eas superstiti permiserit. XI. Quid si liberi secundis nuptiis consenserint, expresse vel tacite? XII. Jure Canonico* has pœnas non esse *abolitas. XIII. Secus ac pœnæ* festinationis *intra annum luctus, quas & alibi esse abolitas.*

1. (f) Polygamiam magistri dividunt σχολαςικῶς in simultaneam & successivam. Rectius forte digamiam à polygamia distinxeris: ut hæc sit, quando plures eodem tempore ducuntur uxores, & illa quando una delata, ducitur alia uxor. Polygamiam esse deteriorem quam singulare conjugium, non tamen nefariam, statuit Grotius *lib.* 2. *de J. B. & P. c.* 9. Rationes in utramque partem, quæstionisque decisionem, executi sumus in *lib.* 2. *Digression. c.* 16. quæ nihil attinet repetere. Lector ibi brevem, nec, ut puto, injucundam reperiet exegesin, quæ satis ad hunc locum sit. Pluribus contra profanos contrariæ sententiæ adsertores egit *proprio tractatu* Vir Rever. D. Meyerus, Harderowicenæ Academiæ Theologus. Digamia, id est secundæ nuptiæ, nullo quidem jure prohibitæ, sed odio-

(e) *Pos.* 2. (f) *Pos.* 18.

similiter multos esse ecclesiæ nostræ patres fratri Cornelio Brugensi *similes: qui, si vera sint quæ de eo narrantur, gravi animadversione dignus & merito exilii pœna affectus fuit, & certe legum ecclesiasticarum severitas hac in parte facile cohibebit illos, quos forte pudor non retraheret. Nec ex eo, quod apud nostrates repertus fuerit* Cornelius Brugensis, *sequitur perquam verisimile esse, multos reperiri huic similes, non magis, quam si nos, ex eo quod olim, uti auctor retulit in parte* 2. lib. 3. tit. 1. n. 71. *apud ipsos duo ecclesiarum reformatarum Pastores ob crimen furti publice virgis cæsi fuerint, inferre vellemus, multos etiamnum verosimiliter inter eorum pastores reperiri, his furibus similes.*

* Jure nostro, præter nuptias Jure divino prohibitas, nuptiæ sine dispensatione illicitæ censentur usque ad gradum tertium lineæ inæqualis; ita ut hic ipse gradus vetitis annumeretur. vid. d. *Ord. Eccl. rubr.* Gen. *von Ehe Sachen.* Spec. *welchen Persoonen sich mit einander in Ehe-Gelobniss einzulassen verbothen. Corp. Jur. Sax. pag.* 213. De Prohibitione nuptiarum in secundo genere affinitatis, dictum *supra P. I. p.* 30.

odiosæ tamen sunt. Unde Justinianus *felicem & beatam prædicat a secundis nuptiis abstinentiam*. Εὐδαίμον καὶ μακάριον, inquit, μένειν ἐπὶ τῆς προτέρης εὐνῆς. *Felix beatumque subsistere in primo cubili*. Hinc idem: *Matre jam secundis nuptiis FUNESTATA*. *l.* 3. *C. de Sec. nupt. E contra viduam, quæ non transit ad secundas nuptias, pudicitiam suam*, ait, *intactam servare*. Conveniunt hæc dicta receptæ veterum non modo christianorum, sed etiam gentilium sententiæ, minus æquæ secundis nuptiis; qua de re diximus in *part.* 2. *Digress. lib.* 1. *cap.* 14. Juris quæstionem absolvunt hæc Apostoli verba: Γυνὴ δέδεται νόμῳ ἀνδρὸς ἐφ' ὅσον χρόνον ζῇ ὁ ἀνὴρ αὐτῆς. Ἐὰν δὲ κοιμηθῇ ὁ ἀνὴρ, ἐλευθέρα ἐστὶν ᾧ θέλει γαμηθῆναι. *Mulier lege viri tenetur omni tempore, quo vivit vir: At ubi is obdormiverit, liberum est ei cui velit, nubere*, 1. *ad Corinth.* 7. *in fin.*

2. (g) Huic libertati lege civili nihil equidem derogatum est. Sed quia sic fere usu venit ut Euripides *in Medea*. Παλαιὰ καινῶν λείπεται κηδευμάτων, ut *novæ nuptiæ veterum necessitudinem labefactent*, beneficia quædam liberorum prioris matrimonii introducta sunt, quas vulgo *pœnas* secundarum nuptiarum, sed improprie, cum rei licitæ nulla sit pœna, appellant: idque etiam inde colligitur, quod nullis existentibus liberis, nihil, quod instar pœnæ videri possit, reperitur. Quæ autem respectu liberorum constituta sunt, breviter recensebimus. Primum beneficium est hujusmodi. Quidquid mater iterum nupta, vel Pater digamus, a primo conjuge inter vivos aut mortis causa, immediate vel per successionem liberorum prioris matrimonii adepta fuerit, ejus proprietatem per secundas nuptias amittit, usufructu tantum retento, eademque bona post mortem ejus ad liberos ejusdem *matrimonii* pertinent ab intestato, vel quibus ex iis mater ea testamento reliquerit; ad extraneos nullo modo pervenire possunt. *l.* 3. *C. h. t.* Hoc ita in favorem liberorum prioris matrimonii constitutum, si quando nulli extent liberi, vel omnes sint mortui, cessare, consentaneum est. *in fine d. l.* 3. Proinde tali casu illa bona matri binubæ pleno jure competunt, ut merito in foro servatur & judicatum est apud Sandium 2. 3. 1.

3. At sæpe queritur, si trium extent matrimoniorum liberi ex una matre, numquid in eo, quod mulier ex secundo matrimonio lucrata est, primi liberi *æquentur secundis* & plus juris habeant quam tertii; quasi in primis cesset odium, quod in tertiis intendatur. Non dixerim; quia lex vult consulere liberis ejus matrimonii unde bona processerunt; *aliis etiam ex EODEM matrimonio progenitis liberis superstitibus*, habetur in *d. l.* 3. §. 1. & tota lex agit de certo matrimonio liberisque exinde natis. Quamvis igitur SECUNDÆ nuptiæ ad hunc usum memorentur, dubium tamen non est, quin ad tertias quartasque nuptias eædem constitutiones pertineant. Rittershus. ad *Nov. part.* 4. *c.* 2. *in fin.* Cumque beneficia constitutionum, ad ejusdem matrimonii, unde bona venere, liberos, inquam, spectent, eorumque proprietas his adquiratur, necessarium fit, si mulier post secundas in tertias concesserit nuptias, bona, quibus aucta est e secundis nuptiis, ad solos ejusdem matrimonii liberos pertinere, exclusis tam primi quam tertii matrimonii liberis: nec enim, ut dixi, pœna repetitarum nuptiarum est, sed pro liberis beneficium; ac ita *consultus* non semel respondi. Etiam de hoc quæsito; liberis secundi matrimonii omnibus extinctis, an lucra inde profecta, matre intestata mortua, non æque ad liberos tertii quam primi conjugii pertineant. Non dubitavi adfirmare, per verba *d. l.* 3. *in fine*. Liberis ejus matrimonii, quibus lex consuluit, omnibus extinctis, matrem binubam *in illis bonis plenum proprietatis jus obtinere & testandi circa quos voluerit liberum habere facultatem*. Ergo & ab intestato.

4. Quod autem *supra* diximus, matrem inter liberos ejusdem matrimonii de illis bonis testari posse, ei derogatum est per *Nov.* 22. *c.* 25. quod attinet ad dotem respectu viri & donationem propter nuptias respectu uxoris, imo etiam quoad ea quæ ex ultimis voluntatibus a viro percepit. *c.* 23. *d. Nov.* Bonorum quæ a liberis perceperit, mentionem non facit Justinianus in *d. c.* 23. & 25. Proinde in illis testandi licentia matri relicta videtur. Adde, etiam patri binubo, nam ad hunc constitutio hæc tota extenditur, *dd. Capp.* & *l.* 5. *C. h. t.* Sand. 2. 3. 2. Enimvero si liberi aliunde quam a priori conjuge parente suo bonis sunt aucti, id nihil ad hanc constitutionem, ideoque ad parentem δίγαμον pleno jure transmittitur. *Auth. Ex testamento. C. h. t.* Sand. *d. tit.* 3. *def.* 3.

5. (h) Secunda sanctio contra parentem δίγαμον est, quod conjugi secundo, patri vel ma-

(g) *Pos.* 19. & 20. (h) *Pos.* 21.

matri, non liceat inter vivos aut mortis causa plus relinquere vel donare quam uni ex liberis, cui minimum cessit, prioris matrimonii: Quod autem plus secundo conjugi relictum fuerit, inter liberos priores dividitur, *l. hac Edictali. 6. C. h. t.* idque videtur esse verum, etsi conjux binubus in testamento dixerit se quod abundet ultra modum *l. hac Edictali.* additum velle liberis e posteriori conjugio, per ea, quæ Sandius disputat *d. tit. def.* 6. utcunque alias parens etiam binubus, hisce posterioribus liberis, plus quam prioribus relinquere non prohibeatur, ut idem docet, ac probat. Cui adde Gailium 2. 82. *in fin.* Idque etiam respectu avi aviæque & nepotum statuitur, habita ratione repræsentationis, ut secundo conjugi ne liceat plus relinquere quam nepotibus pariter sit relictum. *d. l. 6.* Sand. 2. 3. 5. Qui definitione *præcedente* docet, nihil interesse, τὸ plus illud, in substantia bonorum an usufructu consistat, facienda computatione ususfructus juxta ætatem conjugis, præscripto *l. 68. Ad L. Falcid.*

6. (i) Tertia pro liberis cautio est, quod matri tutela suorum liberorum, & educatio quoque adimatur. *l. 2. & Auth. seq. C. Quand. mul. Tut. off. l. 1. C. ubi pup. educ.* Quod liberorum cura placuisse, patet ex *l. 22. §. Servi etiam C. de Admin. Tut. ubi*: quod matres binubæ *novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicant.* Quæ ratio satis indicat, hanc seu pœnam sive cautionem, ad matres, non ad patres pertinere, cum hi non sint in manu uxorum secundarum, sic ut hæ maritis sunt obnoxiæ, quod tamen minime perpetuum, imo sæpe contra usu venit. Unde nec moribus hodiernis ea lex adversus matres, quod attinet ad educationem, servatur. Videbimus *infra* ad *tit. Ubi pupill. educ. vel mor.* Priores duæ sanctiones apud nos servantur & passim, teste Groenewegio, qui plurimos citat auctores. Aliter Thomasius.

SCHOLIUM.

Communiter Dd. quoad pœnas secundarum nuptiarum distinguunt inter has quæ in odium earum, & illas quæ in favorem liberorum prioris matrimonii repertæ sunt, has vigere putant, non vero illas. Sed notat Brunnem. ad l. fin. C. de Secund. nupt. *moribus plerarumque provinciarum Germaniæ, ad nihil amplius obstringi parentes ad secunda transeuntes vota, quam ut liberis suis tutores petant & inventarium bonorum conscribant. Nec aliud apud nos observatur, ut arbitror.*

7. (k) Præter has pœnas ad favorem liberorum pertinentes, olim mulier ad secundas nuptias transiens, amittebat usumfructum sibi a marito relictum, isque liberis prioris matrimonii addicebatur, *l. un. C. Si secund. nupf. mul.* quod mutatum est *Nov.* 22. *c.* 32. ubi requiritur, ut maritus id diserte caverit, ne diutius quam ad secundas usque nuptias maneret ususfructus, *Auth. d. l. un. subjecta.* Cæterum, quod matrona per secundas nuptias amittat dignitatem quæ a priore marito ei adhæserat, *l. 10. C. de Nupt. Nov.* 22. *c.* 3. non tam ut pœna, quam ut secundi matrimonii sequela, quatenus mulier nunquam aliter quam ex viri Dignitate censetur, considerandum est. *d. l. 10. l. 8. & l. ult. de Senator. l. 13. C. de Dignitat.* Denique non est operæ pretium huc referre, quod mulier tenetur ad cautionem mutianam propter legatum sub conditione viduitatis relictum, *d. N. c. 43. & sequ.* ut & reliquorum legatorum cautiones, *c.* 41. quibus mutatur *l. pen. & ult. C. de Indict. viduit. toll.* de quibus erit locus *ad tit. de C. & D.*

8. Sed ad pœnam propius accedit, quod mater binuba non potest ab ingratis liberis revocare donationem. *l. 7. C. de Revoc. don.* Sed parum abest, quin hoc omne sit abrogatum per *Nov.* 22. *cap.* 35. ubi tres ingratitudinis species excipiuntur: si liberi vitæ matris insidias struxerint, si manus impias intulerint, aut substantiæ totius controversiam moverint. Atqui alias quinque tantum sunt species ingratitudinis ad revocandam donationem; Præter illas tres, atrox injuria & violatio conditionum adjectarum. *l. ult. C. de Revoc. donat.* Aut igitur hæ causæ liberis adversus matrem binubam remittuntur, quæ contra exteros pœnam merentur, aut Justinianus per *d. Nov.* 22. *c.* 35. sustulit usum *d. l. 7.* quod minime præ se fert in *d. cap.* 35.

9. (l) Sed operæ pretium est audire, quam sit infesta lex † secundis nuptiis *intra annum luctus*

(i) *Pos.* 24. (k) *Pos.* 22. 23. & 25. (l) *Pos.* 26.

† Uti satis certum est ex *Ord. Matrim. Elect. Sax. de A.* 1614. *puncto* 5. *in fine*, in Electorali Saxonia, Annum luctus in Viduabus requiri, nisi dispensationem principis ex justa & probabili causæ meritæ sint; ita communior est sententia, canonum etiam auctoritate suffulta, cum alias pœnas jure civili proditas, tum inprimis infamiam jure nostro cessare. Vide quæ hanc in rem commentatus est B. Bergerus in *Dissert. de Connubiis intra tempus luctus*, c. 22. §. 6. 3. 8.

luctus festinatis; nam talis mulier fit infamis, fit incapax ultimarum voluntatum: etiam hæreditatum ab intestato ultra tertium gradum. Amittit quæcunque a priore marito inter vivos aut mortis causa adepta erat. *l.* 2. *C. h. t.* Nec tamen adversus maritum festinatis votis adscitum tam morosa lex est; etsi enim hic infamis quoque fiat, reliquæ tamen pœnæ illum non feriunt: nisi quod mulier ipsi ultra tertiam bonorum partem in dotem dare vel donare testamentove relinquere prohibetur. *l.* 1. *C. h. t.* His autem pœnis fit etiam obnoxia mulier, quæ absque nuptiis parit intra annum luctus, modo constet, fœtum ex marito defuncto non fuisse conceptum. *Auth. Eisdem C. eod. tit.* Quin etiam post tempus lugendi, mulier tutrix liberorum suorum, quæ contra sacramentum suum, non redditis rationibus nec præstitis reliquis, ad secundas nuptias transvolat, iisdem pœnis subjicitur, *d. Auth.* ubi tamen in fine videtur indicari, juramento mulieribus remisso jure novissimo, simpliciter eas a tutela repelli.

10. Examinandi porro sunt casus, quibus secundarum nuptiarum pœnas, quæ dicuntur, cessare volunt Interpp. quorum *primus* est, si ex priore matrimonio nulli extent liberi, sive ante, sive post repetitas nuptias obierint, quod verum est in his quæ ad favorem liberorum prioris matrimonii pertinent. Grœneweg. *ad tit. C. de Sec. nupt. l.* 3. *n.* 5. Sand. *d. lib.* 2. *tit.* 3 *def.* 1. Casum II. ponit idem Grœnewegius, si vir aut mulier a Principe secundas nuptias impetraverit, per *l.* 10. *de His, qui infam. not.* minus justo argumento; nam a pœnis nuptiarum intra annum luctus, ad amissionem beneficiorum quæ dantur liberis prioris thori, non valet consequentia. Nec adeo Princeps concedendo secundas nuptias, quidquam præter id, quod in odium illarum, veramve pœnam, non quod in aliorum favorem sit constitutum, abolere videtur. Casus III. ponitur, si conjux superstes ex voluntate defuncti nuptias contraxerit, quam exceptionem agnoscunt laudatissimi scriptores, Gailius *l.* 2. *obs.* 98. *n.* 18. Mynsinger. 5. *obs.* 24. Christinæ. *vol.* 3. *Decis.* 131. *n.* 11. Bachov. *ad Treut. vol.* 2. *disp.* 16. *th.* 4. *lit. D. ver. sicut nec mariti.* Struvius *ad h. tit.* 53. *n.* 4. quem refellit Thomasius *ad posit. nostr.* 17. *h. t.* Magis placet negativa, quæ est Corasii 3. *miscell.* 1. *n.* 12. Sarmienti 1. *Select. interpr. c.* 4. *n.* 3. Fachinæ. 3. *Controv.* 65. Tuldeni *ad h. t. C. n.* 8. & Wissenbachii *d. disp.* 45. *th.* 3. Nemo enim potest facere quominus leges in suo testamento valeant. *l.* 55. *de Leg.* 1. Sed ut concedamus patrem posse liberis ut hæredibus prohibere ne beneficio legum utantur, nego, patrem id voluisse videri ex simplici permissione secundarum nuptiarum. Fuit amoris & æquitatis animi erga uxoris libertatem argumentum. Fuit consilium, quo notæ fragilitati ejus voluit consultum. Fuit desiderium, ut ex alio fortean prolem masculam haberet: in quem casum videmus quidem matronas legatis a viris suis in spem secundi conjugii pignoratas. Nihil opus est, dicamus, patrem suos liberos beneficiis legum, quod ipse non dixit, voluisse privatos. Ipsum vero parentem binubum, non posse liberis suis, etsi hæredibus, vetare ne legibus illis utantur, extra controversiam & jam satis dictum est.

11. IV. Casus; si prioris matrimonii liberi eorumve tutores in secundas nuptias expresse consentiant, vel etiam, si tacite, Gail. *d. c.* 98. *n.* 22. Decker. *l.* 2. *dissert.* 4. *n.* 13. *cum seqq.* atque ita in Sabaudia eo tempore judicatum refert Faber *lib.* 5. *C. t.* 5. *def.* 5. Tacitum autem consensum ait Groenewegius esse, quando liberi promulgationibus secundarum parentum nuptiarum non contradixerunt. *ad d. l.* 3. *n.* 10. Neque tamen heic contraria sententia caret auctoritate gravissimaque ratione, probante eodem Wissenbachio nostro *th.* 4. Ego, ut liberos favori pro se introducto renunciare posse non negem, ita renunciasse videri, consentiendo gratulandoque parentibus de secundis nuptiis, nedum quiescendo, a ratione juris alienissimum puto. Nemo suo voluntate jus suum amittit, nisi qui specialiter, aut saltem expresse renunciat. *l.* 4. §. 4. *Si quis caut. jud. sist. c. fact. non obtemp.* Quid autem, an liberi id, quod nullo jure facere possunt, omittendo, jus suum perdent? Non possunt intercedere promulgationibus nuptiarum liberi parentum. Nullius momenti, ridicula foret intercessio; hanc igitur omittendo jus sibi legibus quæsitum amittent? Sandium laudat Groenevvegius ex *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 2. *verb. succedit.* Quid ibi? Mater, quæ potest impedire nuptias jure Frisico, videtur consentire, si non impediat promulgationes. An ideo liberi quoque matris nuptias impedire poterunt? Aut si non poterunt, & certe nequeunt, tacendo jure suo legali cadent? Ἀθέμιτον, iniquum, nihilque minus quam juridicum est! maxime, si & tutores in fraudem pupillorum si-

fileant, ut vult Groenevv. Quin omne jus liberorum contra fecundas nuptias hac una exceptione evanefceret; quia nunquam liberi promulgationibus nuptiarum, quas parentes fieri curant, intercedunt, aut contra eos proteftantur, aut ullum, inquam, jus habent faciendi. Rectiffime igitur in noftro Foro jus liberorum exercetur fine ullo harum exceptionum obftaculo. Idemque jus per Belgium obfervari, teftatur ipfe Groenevvegius *ad d. l. n.* 3. ex JCC. Batavis, Chriftinæo, Bufio, Gudelino, Zypæo, Corenio & aliis. Quibus idcirco hanc ultimam exceptionem non poffe probatam effe, manifeftum eft.

12. Quæri folet, quid jure canonico hac parte fit conftitutum. *Placet fententia*, fic Wiffenbachius nofter *d. difp. th.* 2. *diftinguentium, eas tantum fublatas quæ odio digamiæ, five iterantis nuptias, funt fancitæ, non illas, quæ favorem liberorum prioris matrimonii refpiciunt*. Sed huic diftinctioni obftat, quod fecundis nuptiis canones benedici vetant, & quod presbyter iis intereffe nequeat. *c.* 3. *X de Secund. Nupt.* Quod digami a dignitatibus ecclefiafticis excluduntur. *c.* 3. *X. de digam.* Quæ omnia ad odium nuptiarum repetitarum, non ad favorem liberorum pertinent. Recte tamen exiftimant, qui, cum nulli textus jura liberorum tollant, ea per canones non effe abrogata ftatuunt; odiofas quippe locutiones de fecundis nuptiis, æque jure Romano frequentari, intelleximus.

13. Verum pœnas matrimonii intra annum luctus contracti, jure canonico ceffare, probabilius adfirmatur. Infamia certe nominatim tollitur, & fit fuperftiti poteftas ad fecunda vota libere tranfeundi. *cap. penult.* X. *de fecund. Nupt.* Unde quaslibet etiam pœnas effe fublatas, recte colligitur; etfi Pontifices abutantur Apoftolico dicto, fuperius *in fin. pr.* adducto, & rectius jure civili confultum. (4) Mores tamen jus canonum hac parte fequuntur, ut prolixe probat Groenevveg. *ad d. l.* 2. *C. h. t.* nifi quatenus Statutis municipalibus alicubi novæ fanctiones fint conditæ, ut apud nos fpatium novem menfium eft præfinitum, pœna arbitraria, *l.* 1. *Stat. t.* 1. *art.* 14. in Hollandia fex menfes, alibi plus minusve, ut teftis eft Groenevveg. *ad d. t.* 1. Viris nullum tempus eft præfcriptum. * Statuta tamen noftra *dicto loco* tempus honeftatis præcipiunt, quod eft arbitrarium. Vulgus fex hebdomadas quam minimum præfumit. Sed decora gravitatis reputatio longiorem moram commendat.

T I T. III.

De Jure Dotium.

I. Favor dotium, & nomina Græca. II. Definitio, & quatenus fint caufa onerofa. III Divifiones, & quatenus Pater dotare cogatur. IV. An etiam ex poft facto teneatur, etfi non promiferit. V. Matrem regulariter non teneri, fecus ac hodie. VI. Caufæ & modi dotem conftituendi. VII. Quid fit dos fimpliciter fine quantitate promiffa fit. VIII. Expofitio, & vindiciæ L. ult. C. de dot. promiff. *IX. Nota veræ Dotis ad ufum hod. X. Quæ res in dote fint, & quo fenfu vocetur Univerfitas. XI. Jus dotis quid a dote differat, & de actione, quæ marito datur. XII. De fponfalitia largitate. XIII. De Arrhis fponfalitiis. XIV. De bonis paraphernis. XV. An ab iis Receptitia difcrepent. XVI. De rebus propter nuptias donatis,* remiff. *XVII. Moribus fere obfoletas effe dotes. XVIII. Quid jure Frifico. XIX. Donationes propter nuptias obfoletæ. XX. Donationum ante Nuptias ufus. XXI. De Dotalitia largitate.*

QUantum onus fit honefta familiæ fuftentatio, quamque impediti, quibus in re angufta, uxori liberifque profpiciendum, ille Menandri fervus de fuæ domus agens miferia, fatis efficaciter dixit, apud Gell. 2. 3.

Σ τρὶς

(4) *Secundum Apoftolum* 1. ad Corinth. cap. 7. v. 39. mulier alligata eft legi quanto tempore vir ejus vivit, quod fi dormierit vir ejus, liberata eft; *adeoque ftatim a morte viri liberata eft: nec proinde abutuntur Apoftolico dicto Pontifices dum exinde concludunt, mulierem, fi intra annum luctus nubat, jure fuo uti, nec infamia puniendam effe, licet nec improbandum, fed laudandum fit factum ejus, quæ vel ab iis penitus abftineret, vel faltem in hoc tempus differret, ut confufio fanguinis non fit metuenda. Vide Gonzalez ad cap.* penult. X. de fecund. nupt.

* Per *l.* 9. *pr. ff. de his qui not. infam,* Sed in Saxonia Electorali femeftre eft, quod expectare jubentur mares, in Ord. *Matrim. de A.* 1624. *punct.* 5. *in fin.*

Ὦ τρὶς κακοδαίμον, ὅτις ὢν πένης γαμεῖ,
Καὶ παιδοποιεῖ, ὡς ἐς' ἀλόγικος ἀνήρ.
O ter infelicem, qui pauper uxorem ducit,
Operamque dat liberis, quam male ponit calculos!

Ideo dotes repertæ ſunt, quarum præſidio mariti ſublevarentur atque ad ineunda matrimonia invitarentur. Indotatæ enim difficulter maritos inveniunt, Plautus *Aului.*

Virginem habeo grandem, dote caſſam, inlocabilem. Idcirco dotium cauſa ſemper & ubique præcipua eſt. Namque publice intereſt, dotes mulieribus conſervari, eum dotatas eſſe feminas, ad ſobolem procreandam replendamque liberis civitatem, maxime ſit neceſſarium, ait *Lex 1. Sol. matrim. dos quemadm. pet.* Adde *l. 2. h. t.* Vocatur autem dos Græce *φέρνη*, bona reliqua mulieris *παράφερνα*, *unde vulgo paraphernalia*, id eſt *præterdotalia*, de quibus. *infra.* Apud Homerum Agamemnon Achilli filiam ſuam e tribus unam, offert *ἀνάεδνον*, (indotatam, ait interpres *Iliad.* ι. v. 164. Male) *ſine ſponſalibus donis.* Sic enim Didymus *ad d. verſ.* Ἀνάεδνον, *ἄνευ ἕδνων. Ἕδνα δ' εἰσὶ τὰ πρὸ τῶν γάμων τοῦ νυμφίου διδόμενα δῶρα τῇ νύμφῃ.* Ἕδνα *ſunt quæ ante nuptias a ſponſo dari ſolent ſponſæ.* Patet hoc etiam ex eo, quod Agamemnon mox ſubjicit, *Ἐγὼ δ' ἐπιμείλια δώσω. Ego vero dotem dabo*, quod eſt patris. Didymus, Μείλια δ' εἰσὶν, *οἷς μειλίσσονται οἱ τῶν νυμφῶν πατέρες τοὺς ἄνδρας*, Sunt Μείλια, *quibus Sponſarum Patres viros demulcent.* Προῖκα δὲ λέγει, pergit Didymus, *τὴν ἡδέως διατιθεμένην τὰ κατὰ τὴν ψυχήν. Vocat προῖκα*, quæ vox alias dotem ſignificat, *diſpoſitionem animi ſuavem in ſponſa.* Hæc de verbis.

2. (a) Definimus DOTEM, quod ſit *Donatio quædam, facta marito ad ſuſtinenda onera matrimonii.* Genus placuit *donatio quædam*. Etenim eſſe eam donationis ſpeciem, vox indicat. Eſt enim Græca, Δώς, ſignificans donationem, ut in Heſiodæo illo:

Δὼς ἀγαθή, ἅρπαξ δὲ κακή.
Quam bona dos eſt, tam mala rapacitas.

Cum quo bene convenit, quod antiqui juris conditores inter donationes, etiam dotes connumerarunt, ut Juſtinianus teſtatur in *l. ult. med. pr. C. de Donat. ant. Nupt.* Quia tamen datur ad onera matrimonii ſuſtinenda, & quibuſdam neceſſitas eam dandi injungitur, addenda fuit impropriæ locutionis *nota*, ut in definitione legati. Finis, qui differentiæ cauſa ad jectus eſt, *oneris ergo matrimonialis*, eſt in *l. 56. §. 1. h. & l. 20. C. eod.* Hinc inter lucrativas cauſas non numeratur. *l. un. verſ. Si vero. C. de impon. lucr. deſcr.* Etſi revera in accipientis *lucrum* vertatur, ut *ibidem* textus. Idem eſt in *l. 19. de O. & A.* Ex promiſſione dotis non *videtur cauſa lucrativa eſſe.* Denique *non eſt iſta donatio, cum pro oneribus matrimonii detur. l. 21. §. 1. de Don. int. vir. & ux.* Ideo pro genere in definitione dotis placuit aliis vox *pecuniæ*, ut poſt alios D. Wiſſenb. ad *h. tit. th. 1.* voce *pecuniæ* latiſſime ſumpta pro omnibus quæ ſunt in patrimonio. *l. 5. de V. S.* Hoc tu e proprietate *oneroſa* tuto colligas, maritum ignorantem non teneri actione pauliana, qua teneretur, ſi dos pro lucrativa cauſa haberetur, ſecundum *l. 6. §. 11. & l. ult. §. 1. quæ in fraud. Cred.* quibus alii jungantur effectus diſcrepantes ex *d. l. un. & l. 19. de O. & A.* Hoc operæ pretium non eſt moneri, eſſe quidem matrimonii acceſſorium dotem, minime tamen neceſſarium; *non enim dotibus, ſed affectu matrimonia contrahuntur. l. 11. pr. C. de Repud.* Quo facit, quod multis gentibus ſapientibus dotes improbatæ fuerint, morum cauſa, qua re nihil decantatius. Loca veterum in hanc rem accumulare, longum ac otioſum eſſet.

3. (b) Definitionem ſequitur diviſio dotis, quæ in ſumma duplex traditur; eſt enim profectitia, vel adventitia. Neceſſaria, aut voluntaria. Profectitia dos eſt, quæ datur a parente virilis ſexus, etſi filiam in poteſtate non habeat, qua in re differt a peculio profectitio. *l. 5. in pr. & §. 10. h. t.* Dos adventitia vocatur, quæ a matre, vel ab alio quovis datur. *d. l. 5. §. 11. l. 6. C. h. t. l. un. §. 13. C. de Rei ux. act.* Ulpian. *fragm. tit. 6.* Porro, dos neceſſaria eſt, ad quam pater tenetur, reſpectu filiæ quam in poteſtate habet, ſi prohibeat eam nubere, & dotem dare noluerit. *l. 19. de Rit. Nupt.* Voluntaria, quæ datur nullo jure cogente, ab aliis quam a patre liberos in poteſtate habente. *arg. d. l. 19.*

Ait autem dicta lex 19. ex. *cap. 35. legis Juliæ* cogi patrem, ſi liberos injuria ducere uxorem vel nubere prohibuerit: prohibere autem videri, *& qui conditionem non quærit.* Hoc autem a verecundia ſoli ſeculique noſtri abhorret, utique reſpectu dotium pro filiabus, quibus non patitur decus & pudor, ut parentes

(a) *Poſ. 7. & 8.* (b) *Poſ. 11. & 12.*

tes quærant conditiones. Necessitas igitur *nostris moribus* tantum habeat locum, si pater filiam impediat, honestasque conditiones, ætate jam matura, repudiet ac avertat. Inde pendet etiam quæstio, an pater filiam, quæ inscio & invito illo nupsit, dotare cogatur? Quam esse quæstionem otiosam ac inertem, cum jure *nullum* sit ejusmodi matrimonium, scribit Wissenbach. noster *ad hunc tit. th.* 9. Respondet tamen adfirmate, vir minime ineptus Mornacius *ad d.l.* 19. At sani sensus ratio, id de filia nubere prohibita & plusquam matura, forte jam annis XXV. majore, vult intelligi; qualem ab avari patris raptam penatibus, esse nihilominus dotandam, a senatu Parisiensi judicatum, refert *ibidem* Mornacius. Usque adeo intendunt hanc necessitatem Interpp. ut si dos data sine culpa filiæ perierit, eam denuo a patre dotandam censeant, Mornac. ad *d. l.* 19. Fab. *Cod. l.* 5. *tit.* 6. *def.* 13. scilicet, si perierit antequam marito daretur, vel ad secundas nuptias; non ita scilicet, ut dos viro data & consumpta, durante eodem matrimonio, reddenda sit.

4. (c) Quod si pater filiam simpliciter in matrimonium collocaverit, nulla dotis promissione facta, poteftne cogi deinceps, ut filiæ dotem constituat? Videtur omnino per *d.l.*19. ubi Mornacius. Idem Perez. *ad tit. C. de Dot. promiss. n.* 10. Struv. *Ex.* 30. *th.*7. Brunnem. *ad L.* 22. *C. h. t. n.*3. Quæ tamen limitanda videtur sententia, nisi filia sit locuples; tunc enim cessat ratio coactionis illius satis molestiæ: nam ita plane statuendum est, patrem non teneri ad filiam locupletem dotandam, *arg. l.* 5. §. 7. *de Agnosc. & al lib. & l.ult.C. de Dotis promiss.* ubi quæritur, si pater simpliciter dotem promiserit, utrum ex suis an filiæ bonis, eam pollicitus videatur: quod otiosum esset, si filiam bonis præditam dotare cogeretur, etsi obiter paternum officium dicitur esse indistincte, dare dotem; quod aliunde restringendum. Plenius id probat, ac ab objectis vindicat D. Wissenbach. ad *h.tit. th.*8. Quid si maritus sit locuples? Si duxerit alienam filiam patre consentiente sine conventione dotis, difficile dictu est * eum postea cogendi jus habere; cum indotatam sciens duxerit, cessante præsertim ratione juris publici, ut matrimonium familiaque consistere possint. *d. l.* 1. *Sol. matrim.* Unde si non sit dives gener, & socer sit locuples, non est hærendum, quia etiam postea dos recte petatur; *ex d. l.* 19. quin nec auctores supra laudati limitationes illas omnino addunt, patremque simpliciter teneri scribunt. Ratio tamen illas exigere videtur, &, nisi fallor, usus illas probaret: maxime cum petitio dotis ex *postfacto*, nulla promissione facta, prope insolens & rari usus esse videatur. Quid si pater non consenserit expresse, verum tacite passus sit nuptias promulgari, celebrari, numquid tum cogi posset ad dotandum? Si verum est, quod Sandius scribit in *lib.* 2. *tit.*7. *def.*5. patrem, qui non nisi tacite nuptiis consensit, non teneri ad usumfructum de bonis adventitiis reddendum liberis, minus profecto ad dotandum teneri videbitur. Sed de usufructu quidem probavimus contrarium *Part. II. pag.* 44. & 45. Proinde cum matrimonium eo casu constat, nulla est ratio cur dotandi publica necessitas, adeo favorabilis, inde, si termini habiles adsint, removenda sit, quam alii quoque patri, licet dissenserit, injungendam putant; scilicet in locis ubi tale matrimonium nihilominus subsistit, ut Mornacius ad *d.l.*19. quod tamen recte negat Perezius ad *tit. C. de Dot. promiss. n.*11. Nempe si per patrem non steterit quominus filiam elocaret.

5. (d) Necessitas igitur dotandi filiam venit ex patria potestate. Emancipatio filiam removet a sacris patris, & quasi extraneam constituit. Ideo quia non pater modo, sed avus etiam ratione neptis quam in potestate habet tenetur; imo hic solus, quia pater, si is ipse in potestate sit, tum non obligatur, ut patet ex *l.* 5. §.9. *h.t.* Perez. *ad d. tit. C. de dot. promiss. n.* 13. Matrem non teneri ad dotandum, sed hujus respectu dotis dationem esse *voluntariam*, sicut in omnibus extraneis, æque inde manifestum est, & ex *l.* 34. *h. t.* & *l.*14. *C. h.* quæ

(c) *Pos.* 13. (d) *Pos.* 14.

* Reipublicæ Romanæ intererat, mulieres non esse indotatas, ut in magna hominum nequitia, matrimoniorumque fuga, vel hoc lucro alliciantur mares ad replendam sobole civitatem. *l.* 1. *D. Sol. Matr.* In magna etiam divortiorum licentia erat in manu mariti uxorem, quam spe dotis accipiendæ, absque tamen conventione, duxerat, iterum dimittere, quo ipso, ne matrimonia alias bene concordantia dissolvantur, prospiciendum erat magistratui, & cogendus pater. Quæ omnia si quis temere applicaverit nostræ civitati, ne ille magnum erraturus est errorem. In Germania nostra ab antiquissimis temporibus dotem non uxor marito, sed maritus uxori obtulit, ut Tacitus in *Germ. c.* 18. annotavit. Et postquam mares hujus juris negligentiores facti sunt, legibus feminis constitutum est emolumentum, quod vulgo portionem statutariam appellamus. Licet ea his argumentum contra dotium ab uxoribus offerendarum necessitatem petere.

quæ docet tamen, esse legibus expressas speciales causas, quibus mater ad dotandum quoque teneatur, veluti si pater sit inops, mater hæretica, *l.* 19. §. 1. *sed & dotes C. de Hæret.* quæ est Justiniani, cum *d. lex* 14. sit Diocletiani & Maximiani, qui duobus & amplius seculis illo sunt vetustiores. Quænam igitur sunt *causæ lege specialiter expressæ*, de quibus illi in *d. l.* 14.? Credibile est hæc verba esse a Triboniano adsuta, ut interpolationes non tantum in Pandectis, sed etiam in Codice ab illo sunt exercitæ. Hotom. 6.*obs.* 20. Fratri tanto minus incumbit necessitas dotandi sororem, quanto minor est ejus necessitudo; nec probat secus *l.* 12. §. *pen. de Administrat. Tut.* Tutori enim non modo necessariæ, sed etiam valde probabiles expensæ restituuntur, ut ex ipso illo §. *pen.* videre licet. Verum hic articulus de necessitate dotandi filiam soli patri incumbente, moribus hodiernis abiit in desuetudinem, ousque illud utrique parenti incumbit. Cujus mutationis hæc est ratio, quod jure civili paterfamilias totum onus familiæ, omne lucrum & omne damnum ferebat, ut dictum ad *tit. D. de Societate n.* 3. Nunc autem in pluribus populis universalis fit bonorum societas inter conjuges; huic autem societati, etiam inter extraneos, imputantur sumptus dotandi sociorum filias, *l.* 73. *in fin. & l.* 81. *pro Socio*, ut observat Perezius *ad d. tit. n.* 14. Sed hoc verum est de societate, qua res omnes etiam hæreditatis plenissime communicantur. *d. l.* 73. *in pr.* Non æque de societate simplici omnium bonorum, qua non hæreditates, sed ea tantum quæ ex quæstu & collaboratione veniunt communia fiunt; huic enim dotes filiarum non imputari, satis constat. *arg. l.* 7. *& seqq. d. tit. pro Soc.* Quid ergo in iis populis, ubi talis societas acquæstuum, ut vocant, inter conjuges obtinet, an ibi dotandi onus non erit commune parentibus? Non est dubium, quin apud nos, & ubicumque patrimoniis conjugum separatis lucri tantum & damni communio est, onus tamen dotandi communes filias utrique commune sit, ut hæc pro differentia societatis conjugalis a vulgari merito habeatur, neque dubitem huc producere, quod alii de societate conjugum universali adfirmant, si pater filiæ simpliciter dotem dare promiserit, eam tamen ex communibus, non ex suis tantum bonis intelligi factam, veluti suo & pro uxore, nomine curatorio. Covarruv. *var. resolut. l.* 3. *c.* 19 *n.* 3. Groenew. *ad l.* 14. *C. de Jur. dot. n.* 1.

6. (e) Definitionem & divisionem sequitur *constitutio* dotis; circa quam, ut in dominio adquirendo, causæ a modis distinguendæ sunt. Causæ dotis constituendæ sunt promissiones, tam stipulatio, Ulp. *fragm tit.* 6. *de dot.* Caj. 2. *Inst. tit.* 9. §. *sunt & al. obl* 4. quam pacta simplicia, scripta vel non scripta, quæ jure novo legitima & vi actionis prædita sunt, *l.* 6. *C. de Dot. prom.* qua de re vide observationes quasdam D. Wissenbachii *ad h. t. th.* 12. Modus quo dos constituitur & adquiritur, est traditio, §. 40. *Inst. de A. R. D.* per quam dominium rerum dotalium in maritum transfertur, non dotis universæ, quæ consistit ex rebus tam incorporalibus quam corporalibus, sed rerum singularium & traditionis capacium, ut prolixe demonstratum est *in lib.* 4. *Digress. cap.* 9. ubi & de natura dominii illius, de qua similiter actum *ad tit. Inst. Quib. alien lic. vel non. n.* 7. Hoc intellectu, potest mulier aut parens vel quilibet alius, tantum in dotem dare quantum libet, etsi omnia sua bona dare velit, quod nulla lege prohibetur, *l.* 4. *C. h. t.* salvo tamen restitutionis in integrum beneficio, si imprudenter consuluerit, tam major, quam si minor ætate sit, idque de causis legibus proditis, *l.* 9. §. 1. *de Minor. l.* 6. § *ult. h. & l. un. C. Si adverf. dot.* quæ observatio non eget τοῦ oppono & respondeo, ut D. Wissenbach. eam induxit *heic th.* 15.

7. (f) Si dos simpliciter sine quantitate vel specie rerum promissa sit, an valeat, non levis est controversia, de qua varias Interpretum opiniones recensere longum nec instituti est nostri. Puto hanc esse thesin juris verissimam. *Promissionem dotis, licet incertam, valere*, per rationem Papiniani in *l.* 69. §. 4. *h. t.* quod dotis quantitas, etsi non expressa, pro modo facultatum patris & dignitate mariti facile constitui possit; secus ac in fundo promisso non demonstrato, *cum inter modum constituendæ dotis & corpus ignotum differentia magna sit*; quam rationem cur Antonius Faber, nulla ratione contraria, convertat, mirari liceat, in *l.* 5. *C. tit.* 6. *def.* 13. Papinianus rectissime addit, idem juris esse, quanquam de arbitratu promittentis aut alterius nihil adjectum sit; hoc enim tacite, ab eo, qui dotem promisit, intellectum videtur, *d.* §. 4. ut ab illa adjectione rem male suspendat Perezius, ad *tit. C. d. Dot. promiss. n.* 5. nec id probat *Lex* 3. *C. d. t. de Dot.* pro-

(e) *Pos.* 15. 2. & 17. (f) *Pos.* 19.

promiss. dum ait; eum, qui dotem promisit, non *adlita quantitate*, sed daturum *se quodcunque arbitratus fuerit ipse*, teneri; quid enim magis incertum & arbitrarium esse potest? De uxore, quæ dotem promisit, aliud rescripsit Alexander *in l. 1. C. de dot. promiss.* Si nihil aliud nuptiali instrumento sit adscriptum, *ait*, quam quod ea, quæ nubebat, dotem dare promiserit, actionem ad dotem constituendam marito non dari. Exceptionem a priore sententia esse dixerim, *si uxor ipsa promiserit*; hac, opinor, ratione, quod bona mulieris non secreta in dotalia & *paraphernalia*, quæ dicuntur, impleto matrimonio, simplicia, id est *præterdotalia*, sint facta, nec id invita illa mutari possit.

8. Non potest heic præteriri *lex ult. C. de Dot. promiss.* propter scandalum quod inde capiunt Interpp. de quo vide Groenewegium *ad d. l. ult.* & Wissenbachium *ibid. & th.* 10. *h.* *t. Quid obtusius*, ait hic, *& Bœotico ingenio convenientius, quam quod est in d. l. ult. dici potest?* ex Hotomanno *Disp. de dotib. c.* 3. *n.* 19. Videamus, an justa sit hæc reprehensio, tam parum comis in majestatem Cæsaris. In Lege sunt hæ theses. Prima, *Si pater pro filiafam. aut emancipata locuplete & Patris creditrice dotem simpliciter promiserit, de suis propriis bonis eam promisisse videtur.* Hoc articulo nihil simplicius, quam ut idem, qui promisit, maxime pater, de dote teneatur, cum dotatio ad ejus officium pertineat, ut nec moribus nostris aliter, quidquid Groenewegius ad *h. l. n.* 5. *& seqq.* obtinere putem, ut putavit & judicavit Camera Spirensis, apud Mynsing. *Cent.* 5. *Obs.* 32. *n.* 2. idemque merito statuit Christinæ. *Vol.* 3. *Decis.* 132. *n.* 14. *in fin.* Altera thesis Justiniani; *Quando Pater egenus de suis & filiæ bonis dotem promisit, tota de filiæ bonis debetur.* Nec hoc absurdum. Dotis promissio non debet esse irrita, per *l.* 1. *D. Sol. matrim.* Proinde habeat effectum, ut potest; patris nihil habentis respectu, non potest habere effectum: ideoque ejus qualitas adjectitia est, Curatoria respectu filiæ valet. Duas objectiones habet Wissenbachius; *Mirari hic liceat*, inquit, *judicium Imperatoris; ponit, patrem promisisse dotem ex rebus filiæ; itaque ex alieno liberalem esse qui de suo esse debebat.* Resp. Quomodo de suo; qui nihil habeat? hoc enim casu solo in filiam incumbit onus. Et cur, quod in ipsius gratiam tendit, jure Patriæ vel curatoriæ potestatis in ipsam a lege derivari nequeat? Hoc solum est irregulare in hoc casu; quod promissio utriusque nomine facta, quæ altera parte est irrita ob inopiam patris, filiæ soli impingitur. Id autem favori dotis, & juri patris ipsi filiæ prospicientis tribuitur. Secunda Wissenbachii objectio: *Ponit, patrem promisisse filiæ quod jam ante ipsius erat, contra §. Sed si rem.* 10. *I. de Legat. l.* 3. §. 4. *de Adquir. poss.* Quid hoc, an dos promittitur filiæ, an heic ejus fit proprium quod jam erat ipsius? Nihil minus verum. Promittitur marito, *l.* 5. *C. de Dot. prom.* nec usquam aliter; maritus idem fit dominus dotis, sive rerum dotalium, non filia durante matrimonio, ut *alias* dictum & *modo* repetitum est. Tertia *thesis* Justiniani; *Quando Pater locuples suo & filiæ nomine promisit dotem, de suo tantum eam præstare tenetur.* Hoc aliquid amplius τοῦ παραδόξου habet, non tamen est παράλογον. Wissenbachius: *Imperator onus dotandæ filiæ transfert in solum Patrem, quod vi promissionis factæ commune esse debebat.* Resp. Justinianus derogat patri locupleti jus dotandi filiam ex filiæ bonis. Censet æquum, si pater dotare velit, de suo id ut faciat, filiæ vero de suis bonis arbitratu proprio dotem dare vel non dare permittat; quod iterum in favorem dotis & ad ampliandam ejus facultatem introductum, utique sine convitio saltem tolerari censuræque tam leoninæ parci potuisset. Non nego tamen, simplicitati juris convenientius esse, quod Leo Cæsar statuit in *Nov.* 21. Si pater communi nomine dotem promiserit, de utrisque bonis, si extent, eam esse præstandam, idque moribus hodiernis ita servatum iri, non videtur esse dubitandum. Quominus autem reliqui duo casus, ita, quemadmodum a Justiniano definiti sunt, observentur, nihil obstare videtur. Denique non modo super dote, sed etiam de donatione propter Nuptias, *d. Lex. ultima* in eum modum, quo diximus, constituit. De hac autem nos inferius.

9. (g) Ex prædicta *l. ult. & l.* 1. *C. de dot. promiss.* satis liquet, si dos promissa vel tradita non sit in hunc modum & finem, ut sit donatio quædam pro sustinendis oneribus matrimonii, adeoque ut DOS sit, bona mulieris non esse dotalia, sed *paraphernalia* quæ dicuntur. Cum enim promissio & traditio ad certum finem, sint res facti, quæ non præsumuntur, sed probari debent, *l.* 7. §. *ult. de Curat.*

(g) *Pos.* 16.

Curat. fur. l. 13. §. 2. *de Public. in rem act.* manifestum est, dotis dationem aliter non intelligi, quam si facta probetur, nec aliter usum habere privilegia dotis. Gail. 2. *obs.* 82. *n.* 2. & *seqq.* Fab. 5. *Cod. t.* 7. *def.* 18. Sand. 2. *tit.* 2. *def.* 2. Wissenb. *ad h. t. th.* 14. Nec tamen hujus finis expressio, vel titulus dotis, ad constituendum jus dotale sufficit; si bona marito non dentur, ut dominium & usufructus ad eum pertineant, quemadmodum ad dotis essentiam requiritur *l.* 13. §. 2. *de Fund. dot. l.* 20. *C. de jur. Dot.* Quare cum mulieres pactis nuptialibus sibi rerum suarum non modo dominium, sed & administrationem reservant, & nihilominus dotale jus stipulantur, ea re nihil agi; nec privilegia dotis adquisi, maxime in præjudicium tertii, sæpe consultus respondi. Quod autem dixi, promissam vel traditam esse oportere dotem; non est divellendum, quasi dos promissa non tradita, pro vera dote habenda esset. Etenim promissio, vel cautio sola, dotem non facit, *l.* 1. *C. de dot. caut. non numerat.* traditio illam demum in actu atque in esse constituit. *d. l.* 1. *d. l.* 13. §. 2. & *l.* 14. §. *pen. de Fund. Dotal.* Dotem igitur promissam vel traditam diximus, quæ vel promissione prævia, vel sine pactione præcedente, in hunc finem specialiter tradita est. Cui sententiæ nihil obstat, quod dos sæpe dicitur cauta, promissa, ut facile intelliges, & explicat D. Wissenbach. ad *h. tit. th.* 6.

10. (h) Ex eo, quod toties diximus, dotem promitti, caveri, tradi, numerari, facile colligimus, hac voce res ipsas in dotem datas intelligi, *l.* 9. §. 2. *h. t.* quæ dicitur universitas in *l.* 1. §. 4. *de Dot. prælег.* comprehendens omnia, sive cujusvis generis res, quæ in patrimonio esse queant, mobiles, immobiles, incorporales quoque, ut usufructus, *l.* 66. *h.* actiones & nomina, *l.* 2. *C. de O. & A.* quibus ipse quoque maritus uxori sit obstrictus, *l.* 77. *h. t.* ubi docet JCtus, ut dominia rerum in dotem datarum transeant in maritum, ita jus crediti in eundem penitus transire; ideoque mariti debitum in dotem ipsi datum, confusione extingui, nec usuras ideo dotales censeri, quia nullæ sunt, ubi sors nulla; secus quam si nomen alienum in dotem sit datum; hoc enim manet *nomen* sive creditum, & usuræ permanent, augentque dotem, si pariter in dotem sint datæ. *l.* 69. §. 1. Nam alioqui sors in dote est, usuræ marito cedunt, *d. l.* 77. quemadmodum usufructu in dotem dato, si aliud actum non sit, jus ipsum est in dote, marito cedunt fructus, *l.* 7. §. 2. *de Jur. Dot.* quod secus esse, quando bona simpliciter in societatem conjugalem inferuntur, diximus ad *tit. D. Pro Socio. n.* 9. *in fin.* & *n.* 10. Quamvis autem dos recte universitas dicatur, noli tamen putare, dotem ejusmodi universitatem esse, qualis est hæreditas, ut unum jus in re constituat, unamque pariat in rem actionem universalem. Talis in jure nulla est prodita. Rei uxoriæ, vel ex stipulatu actio de dote universa, in personam est. *l. un. C. de Rei ux. act.* In rem, quæ datur marito, de singulis rebus competit, *l.* 9. *C. de R. Vind.* plane sicut patrimonium est universitas rerum, quæ in cujusque bonis sunt, nec tamen est unum jus in re, quia nulla ex eo in rem actio universalis nascitur; ita viam veritatis ignorare, qui jus dotis universale jus in re esse volunt, accurate probavimus in *præd. lib.* 4. *Digress. cap.* 9. Hoc interim tenendum, universitatem dotis esse vel inæstimatam, vel æstimatam. Priore sensu denotat res omnis generis, *l.* 9. §. 3. *h.* quæ finito matrimonio uxori eodem numero & statu, quo durant, restituuntur, eique fiunt meliores aut deteriores. *l.* 10. *pr.* & *seqq. h. t.* Universitas æstimata, constat vel certa quantitate pecuniæ, v. gr. decem millium aureorum, vel rebus omnigenis pecunia æstimatis, ut ejusmodi summam efficiant. Atque hoc casu maritus non ad res, sed pecuniam illam tenetur restituendam; ideoque periculum singularum rerum ad ipsum pertinet, *l.* 5. & *l.* 10. *C. h. t.* quo respectu viro magis expedire dicitur, ut res ne sint æstimatæ, *l.* 10. *in pr. h. t.* atque de tali universitate æstimata capiendum, quod impensæ dotem ipso jure minuere dicuntur, in *l.* 5. *pr. de Impens. in rem dot.* qua de re *inferius in loco* dicendum.

11. (i) Hinc etiam intelligi potest, quid *Jus dotale* differat a *dote*: non ita ut jus dotale significet JUS IN RE, quod maritus habeat in res universas dotales, quam opinionem refellimus in *d. Cap.* 9. *lib.* 4. *Digress.* verum jus dotis *in hac rubrica* significat facultatem, qua res dotales ad maritum pertinent. Si cauta vel promissa sit, habet actionem personalem ad dotem a promissore petendam, quæ est ex stipulatu, si stipulatio intervenerit, sive condictio certi, *pr. I. de V. O.* vel est condi-

(h) *Pos.* 10. (i) *Pos.* 9.

dictio ex lege, si pactum intervenerit, ex lege 6. *C. de Dot. prom.* Quando autem dos est tradita, maritus habet dominium in rebus corporalibus, *ut dictum*, & pro illis rei vindicationem. *l. 9. C. de R. V.* Si ususfructus sit, habet actionem confessoriam, *l. 78. §. 1.* juncto *§. 2. I. de Action.* Si actio vel obligatio, maritus habet utilem actionem adversus debitorem. *l. 2. C. de O. & A. l. 71. h. t.* Proinde si annuum quid in dotem promissum fuerit, actio quotannis, hoc est, initio cujusque anni, dabitur, ut ad *tit. de Annuis Legatis* videbimus. Non infrequens hac de re quæstio est, an, cum socer genero ad *sustinenda onera matrimonii* certam pecuniæ summam quotannis promiserit, hæc etiam, uxore liberis superstitibus mortua, peti possit. Pro affirmativa facit, quod liberi sunt onera matrimonii maxima, & quod promissio annui sit perpetua, ac ad hæredes transitoria, *l. 16. §. 1. de V. O.* cui accedit, quod dotes, ut in foro servatur, ad liberos mulieris indistincte pertineant. Sand. *lib. 2. tit. 2. def. 5.* Verius tamen est, post mortem mulieris in hac specie non dari petitionem cum effectu; quia finito matrimonio, promissionem quoque ad onera matrimonii sustinenda finiri, necesse est, cum sine matrimonio dos esse nequeat. *d. l. 3. h. t.* Unde patet responsio ad primam rationem. Secunda ratio vera est, in promissione Annui simpliciter facta, *d. l. 16. §. 1.* non æque in ea, quæ se refert ad certum finem & statum, qualem hanc esse vidimus. Idem ad tertiam rationem tenendum. Atque ita Supremæ Curiæ visum est, *in causa Dris Jacobi Reecalf &c.* contra *P. H.* ante Pentecost. 1640. An ex dote non annuatim, verum una pensione promissa, mortua sine liberis uxore, detur actio genero, videbimus *infra.* Habes apud Sandium *d. lib. 2. tit. 2. def. 6.*

12. (k) Satisfactum est rubricæ, de jure dotium; quod antequam cum moribus, ut est ratio nostra, conferamus, affinia dotibus jura bonaque in jure cognita recensebimus. Sunt autem hæc; sponsalitia largitas, paraphernalia, receptitia bona, & donatio propter nuptias. Sponsalitia largitas, est donatio, quam facit sponsus sponsæ, vel hæc illi, quod raro evenire, dicit Justinianus in *l. 16. C. de donat. ant. nupt.* Fit autem hæc vel pure, vel sub conditione. Pure, quando *liberalitatis gratia* sponsus *aliquid dat, ut confestim faciat accipientis, nec unquam ullo facto ad se reverti velit*, *l. 1. §. 1. de Donat.* *Confestim*, ante diem nuptiarum; quod enim ea lege sponsæ donatur, ut tunc dominium ejus adipiscatur, cum nuptiæ fuerint secutæ, sine effectu est, *l. 4. C. d. tit. de Don. ante nupt.* propter vetitas inter virum & uxorem donationes, de quibus *infra.* Hujus igitur puræ donationis hic est effectus, quod dominium statim transferatur, nec deinde revocetur. *l. 12. C. eod.* Si videlicet hoc diserte sit adjectum, ne ullo casu revocetur, *dd. ll.* nec id puto novis constitutionibus esse mutatum, etsi aliter Perezius *ad d. tit. n. 10.* Sub conditione quæ fit donatio, vel expressam, vel tacitam habet conditionem. Expressa conditio, quæ regulariter *alias* est suspensiva, in hoc negotio non nisi resolutiva esse potest, per ea, quæ modo ex *d. l. 4.* diximus, Nempe sub lege, *nuptiis non secutis, ut res* auferatur. *d. l. 1. §. 1.* Quin imo hæc conditio tacite semper inest his donationibus, ut si sponsa vel ejus parentes nuptias impediverint, donata restituantur. *l. 15. d. tit. C. de Donat. ant. nupt.* Idem est, si morte nuptiæ præveniantur, nisi sponsus osculo interveniente sponsæ donaverit; hoc enim casu dimidia pars donationis manet penes sponsam, *l. 16. eod. tit.* idque ita, nisi aliter expresse convenerit. *l. 7. eod.* Idemque locum habet in dote, quæ data est mulieri nondum per ætatem habili ad matrimonium. *l. 8. de condict. caus. dat. non sec.* Cujus legis argumento apud Sandium Curia nostra judicavit, donationem ante nuptias factam, non modo revocari, si matrimonium plane secutum non sit, verum etiam, si per mulierem steterit, quominus *tam diu duraret, donec divina providentia matrimonium morte alterutrius, naturali cursu, dissolveretur.* Consequenter hæredes mulieris, quæ nuptiis concubitu impletis, strepente adhuc Hymenæo, se odio viri suspenderat, non habere petitionem rerum, sponsæ nuptiarum causa donatarum, *lib. 2. tit. 2. def. 1.* Textus ille quidem *d. l. 8.* ita non fert, nec alibi legere memini, sponsalitiam largitatem matrimonio semel impleto, propter divortium, vel finem conjugii alterius culpa evenientem, revocari, quin contrarium e *textibus prædictis*, qui de repudio, vel morte ante nuptias impletas, specialiter loquuntur, colligendum videtur; etiam vero ex *l. 64. de Don. int. vir. & ux.* Perez. ad *d. t. C. n. 14.* In judicando tamen, a sententia Curiæ recedere nolim. Alia enim est ratio veteris divortiorum

(k) *Pos.* 1. 3. & 4.

rum licentiæ, & alia fanctitatis matrimonii christianæ, secundum quam non est dubium, quin a partibus id actum sit, ut ad mortem usque in officio conjugali perseverarent. Proinde si quando contra id, quod ex natura negotii actum erat, mulier commiserit, donatio hac gratia facta merito infringetur. Ex eadem ratione censui aliquando, negari posse mulieri ante nuptias donationem promissam, ex eo, quod odio viri, ad hujus usque mortem pertinacissime corporis sui copiam, τὴν ὀφειλομένην εὔνοιαν, quam verecunde vocat Apostolus, ei, quod satis constaret, pernegaverat.

13. Cæterum, sponsalitiæ largitatis partem facere videntur arrhæ sponsalitiæ, si nuptiæ sint secutæ: si non sequantur, redeunt ad dantem, nisi per eum steterit, quominus sequerentur, * *l. 3. C. de Sponsal.* quod intelligendum de sponsalibus mutuo consensu perfectis. Nam si arrha detur a viro mulieri non adstipulatæ, sed deliberaturæ, ut apud nos fit, cum hoc casu vir etiam pœnitendi & revocandi jus habeat, ut ad *tit. de Sponsal.* n. 13. probatum est, arrham quoque repetendi jus habere videtur, *arg. d. l.* 3. quod refer *ad d. loc. de Sponsal.* Quid autem? An arrha non redditur sponso nuptiis secutis? Vel imputatur in summam propter nuptias donatam? An vero mulier habet eam præcipuam, ut seorsim donatam? Ita apud nos servatur, usu & Sandio teste. 2. 2. 8. Sentit autem, hoc a jure civili discrepare, secutus auctores laudatos. Sane de Arrha ab emptore data ita juris est, ut in pretium computetur. Sed nescio, an arrhæ sponsalitiæ diversa non sit ratio, ob affectionem naturamque negotii. Probat *d. l.* 3. quæ vult arrham restitui, *si sponsus vel sponsa decesserit* ante nuptias: ergo si postea moriantur, manet, ut quidem videtur.

14. Hæc non nisi ante matrimonium fiunt; dos etiam postea constituitur, vel augetur. *l.* 19. *in pr. d. tit. C. de Don. ant. nupt.* Quæ bona non dantur in dotem, ea sunt, ut vulgo communiter distinguunt, paraphernalia. Priora sunt, res simpliciter extra dotem constitutæ, ut vocantur in *l. pen. pr. D. ad L. Falcid.* quæ maritus administrat, verum ita, ut uxori rationes reddere debeat. *d. pr.* Cui etiam liberum est, prohibere viro administrationem. *l.* 8. *C. de Pact. conv. sup. Dot.* Quod si mulier viro cautiones sive nomina tradiderit, ut loco paraphernorum apud ipsum maneant, idque dotali instrumento fuerit adscriptum, videtur accepisse mandatum exigendi, non modo usuras, ut in rem uxoris & suam eos convertat, sed etiam sortes ipsas, uxori tamen reddendas, quæ nec suum tacitum mandatum revocare prohibetur, & per alios exigere pecunias. *l. ult. eod. tit.* Quin etiam paraphernalia bona marito ita possunt tradi, ut in dominium ejus transeant, finitoque matrimonio non vindicentur ab uxore, sed condicantur ut alienata, neque tamen dotalia fiant, quoniam hoc animo data non sunt. *l. 9. §. 3. D. de Jur. Dot.* Cui puto consentaneum esse, quod etiam ante finitum matrimonium a muliere condici & repeti possint, per *d. l.* 8. *& ult.* Verum quæ simpliciter in domum mariti ab uxore inferuntur, etsi hic chirographo sit confessus se accepisse, tamen eorum non fit dominus, sed depositi vel mandati tenetur, ut *in d.* §. 3. docetur.

15. A paraphernis bonis receptitia distingui solent; vereor ut recte: magis enim est, ut quæ olim receptitia dicebantur, deinceps Παράφερνα vocata fuerint. Receptitia quidem diverso a paraphernis sensu in jure non reperiuntur. Dos quidem receptitia dicitur, sed alio sensu, quatenus qui dotem dat, a viro stipulatur, eam sibi post mortem mulieris redditum iri, *l. 31. §. 2. ℣. sed & dos, D. de Mort. caus. don.* sed apud Gellium ipsa, ni fallor, parapherna vocantur receptitia. *Quando mulier*, inquit, *dotem marito dabat, tum quæ ex suis bonis retinebat, neque ad virum transmittebat, ea recipere licebatur, sicut nunc quoque in venditionibus, quæ excipiuntur neque veneunt, recipi dicuntur. lib. 17. c. 6.* quod etiam in legibus nostris frequens, ut probat Brisson. *de Verb. Signif.* verb. *Recipere*. Videmus apud veteres bona uxoria fuisse vel dotalia, vel receptitia; recentiori jure, dotalia vel parapherna. Vel dic ita, Græce bona mulierem sunt φέρνη vel παραφέρνη, Latine dotalia vel receptitia. Ferme tamen ita servatur, ut quæ bona mulier extra dotem ad se recipit, neque viro administranda permittit, hæc receptitia appellentur, ut tamen esse parapherna, satis ex *supra dictis* intelligatur.

16. Ab his omnibus differunt bona propter

* Quo casu nocentis arrha ab innocente retinetur, aliquando etiam, ex moribus nostri etiam fori, Consistorio vindicatur. Conf. Menck n. in *Theor. & Prax. D. p.* 411.

ter nuptias donata, * de quibus occupatum est agi *ad Inst. tit. de Donat. n. ult.* Olim ante nuptias donatio vocabatur, quia tantum ante matrimonium impletum fieri poterat. Postea receptum est, ut tam ante, quam post nuptias constitui, vel augeri posset; unde communi voce, *propter nuptias*, designatur. §. *pen. d. tit. I. de Donat. l. pen. C. de Don. ant. Nupt.* Vocatur ἀντιφέρνη, quasi *reciproca dos*, quia datur uxori a marito in vicem & in securitatem dotis, eo sensu & effectu, quo vidimus ad *d. tit. Inst.* Adde Perez. ad *pr. d. tit. C. n.* 16.

17. Hactenus ex jure civili. Moribus hodiernis hæc instituta magnam accepere mutationem, per societatem, quæ est inter conjuges omnium bonorum, sive universalem, sive lucri damnive dumtaxat. Namque ubi maritus ipso jure fit dominus dimidiæ partis omnium bonorum uxoris, & uxor ejus iterum fit consors omnis illius substantiæ, ibi nullus est usus secernendæ dotis ad aliis bonis. Quod si communio bonorum excludatur, ut apud nos Statuto, apud Batavos plerumque pacto nuptiali, salva tamen communione reditus, nec sic quidem dos usum habet notabilem. Quid enim plus illa præstat in eventu, quam usum fructum; siquidem finito matrimonio, redit ad mulierem ejusve hæredes, ut *infra* videbimus? Inter quos igitur ususfructus omnium rerum communicatur, his causa nulla est, dotem a reliquis bonis secernendi. Atque adeo inde factum est, ut dotes ubique fere gentium in desuetudinem concesserint, teste Gudelino *de jur. noviss. l.* 1. *c.* 8. *vers. Cæterum.* Grot. *Introduct. lib.* 2. *part.* 11. *n.* 12. Groeneuveg. *ad L.* 1. *C. de jur. dot.* ubi excipit casum, *nisi pactis antenuptialibus ab illa communione omnino recessum atque ad jus Romanum reditum sit.*: quod tamen raro accidit, ut communio redituum excludatur. Si contingat, & mulier certa bona, vel pecuniam viro det ad sustinenda matrimonii onera, hæc vera dos instituti fuerit Romani.

18. De jure Frisico scribit Sandius, rerum quidem dotalium fructus non solius mariti, sed ipsius & uxoris esse communes, inde tamen minime sequi, omnia dotium jura & privilegia in Frisia cessare: proinde mulieres heic dotis nomine habere hypothecam in bonis mariti, jus prælationis inter creditores ejus, aliaque privilegia, nominatim Statuto non sublata. *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 2. Quæ sunt vera, si id actum sit, ut dos constituatur; dote specialiter non constituta, dotis jura quoque cessare, necesse dictu est. Ut autem dos constituatur, fieri posse non nego, fieri solere non puto, nec scio, an unquam factum viderim. Mulieres bona sua *inferunt* ad maritum, a quo prudentiores chirographum accipiunt, quo fateatur quid acceperit, quid uxor *intulerit*, idemque de mariti bonis uxor aliquando præstat & profitetur. Hæc bona utriusque appellant *Inbreng*, hoc est *illata* bona. Sic autem juris est, bona, quæ conjuges simpliciter fatentur se ex invicem INTULISSE, parapherna, non dotalia sunt, ut docet Ulpianus in *d. l.* 9. §. 3. *h. t.* idemque probat Sandius *d. def.* 2. *vers. At quæstionis est.* Et quidem hæc ratio, quando mulieres sunt ὁλόκληροι, *besturven*, ita ut omni patrimonio suo potitæ sint, nunquam fere non servatur. Cum enim maritus ipso jure administrationem & usumfruct. habeat omnium uxoris bonorum, cui bono, inquam, dotis sequestratio, quod ad mariti usum attineat? Major ejus usus esse queat, si pater uxoris, aut alius, mulierem dotaverit: tunc enim hæc bona seorsim per se consistunt & speciem dotis facilius recipiunt. Tamen etsi plerumque, si non semper, ita fiunt hæ donationes, ut ad mulieres dirigantur. Pater profitetur, se filiæ suæ, amicus se sponsæ, respectu matrimonii *tantum dare*, *een medegifte aen de Bruidt.* Hactenus dos non est, quam esse pecuniam marito datam, *supra* intelleximus. Mulieres ejusmodi donationes sibi factas dein ad viros *inferre* solent, ac ita παρὰ φέρνην, non nisi jure paraphernorum censeri possunt. Verum tamen est ac certum, posse mulierem aut patrem ejus, constituere dotem, viroque dare, tanquam dotem, ut hoc nominatim exprimatur: neque tum privilegia dotium in illis non valebunt, eaque re mulieres sibi recte consulerent, quæ simplici illatione in domum mariti amittunt illud nobile exigendi ante alios creditores privilegium: qua re fit, ut innumeræ matronæ suis patrimoniis evolvantur, quæ dotis contractu cum viris celebrato servare potuissent; atque etiam illo casu, etsi reditus, ut mo-

* De donatione propter nuptias, actum fuit superius ad *lib.* 20 *tit.* 4 de muneribus nuptialibus, quæ forte novis nuptis ab amicis offeruntur, hoc loco observare licebit, ea apud nos regulariter utrique conjugum æqualiter cedere. Carpz. *P.* 2. *C.* 12. *def.* 1. Richt. *de Success. Int. Sect.* 4. *membr.* 1 *n.* 52. nisi forte inter conjuges eorumve parentes aliud convenerit. Si tamen, post mortem mariti, dona nuptialia non amplius extent, viduam eorum æstimationem petere posse, negat *Dec. Fl.* 51. ad quam vid. Phil. *Obs.* 2. Secus olim visum fuit Carpz. *P.* 2. *C. El.* 21. *def* 6. cons. *Jupr. P. I. p.* 412. ubi in donis nuptialibus, dotis loco datis, aliud obtinere, fuit monitum.

moris est, sunt communes, nihilominus res forent dotales, quemadmodum jure civili parapherna esse non desinunt, etsi reditus usúsque rerum ad virum transferatur, *sæpe dict. l. 9. §. 3. h. t.* Sand. *d. def. 5. a pr.* Hoc igitur teneant, qui filiabus privilegiis dotalibus consultum velint, ut maritis nomine filiæ dent dotem, & reliqua servent, quæ servanda esse diximus.

19. Sublatis ex usu populorum promiscue dotibus, donationes propter nuptias ex instituto juris Romani pariter desierunt: * quippe dos reciproca, ἀντιφέρνη, quæ unice in vicem & securitatem dotis a marito dabatur uxori, dote nulla, tanquam relatum correlato extincto, usum & facultatem amittit. Argumentumque dotium apud nos quoque *defecto* desuetarum præbet hoc, quod certissimum est, donationis propter nuptias, quam vir faciat uxori, ut soluto matrimonio ad ipsum redeat, ejusdem eum dote quantitatis & qualitatis, nulla esse vestigia apud nos, aut in ullis, quod existimem, populis. Sed ut hodie res habet, donationes propter nuptias sunt peculia, quæ tam viro, quam uxori dantur a parentibus aut ab aliis, ad onera matrimonii communiter sustentanda, quæ manent proprietate singulorum, quibus data sunt, usufructu in rem communem cedente, administratione penes maritum collocata, in cujus bonis uxor habet tacitam hypothecam, tam ex *l. 20. C. de Admin. Tut.* quam ex *l. f. C. de Pact. sup. dot.* Hujusmodi peculia respectu mulieris pro paraphernis habentur, *d. l. 9. §. 3. h. t.* quamquam ubi dotes φέρναι actu non existunt, nulla quoque παράφερνα intelligi possunt: adeo ut tunc uterque conjux idem jus in suis peculiis habeat; nisi quod mulier ratione administrationis a viro exercitæ, præcipuo jure hypothecæ gaudeat, ut diximus. Hoc observare licet: mulierem ante impletum matrimonium paecisci posse ut omnia, vel quædam bona sibi retineat, neque maritali committat administrationi; cujusmodi pactum esse licitum, videbimus ad *tit. de Tutel.* & judicari potest ex iis, quæ de societate conjugali, pacto cessante, diximus ab *tit. de Soc. n. 12. P. II. p. 478. sq.* Talia matronarum bona vetustatis imitamento, receptitia recte appellabuntur.

20. (l) Quod attinet ad donationes ante nuptias; sive sponsalitias largitates, hæ parum, ut in jure sunt proditæ, supraque de illis egimus, ab usu temporum abludere videntur: nisi quod osculi distinctio, quæ est in *l. 16. C. de Donat. ant. Nupt.* nostris moribus haud attenderetur; quoniam usus eorum nostratibus adeo tralatitius est, secus ac Italis, ut nullum inde notabile discrimen deduci queat, ut recte Groenewegius fuse ad *d. l. 16.* Igitur quod nuptiarum causa sponsus donavit sponsæ, hac ante nuptias mortua, repeti potest. *l. 15. d. C. d. tit.* Idem juris est, mortuo sponso, tam in *jocalibus* ita dictis, quam in prædiis aliisve rebus majoris momenti. *d. l. 15.* Impleto autem matrimonio, tam arrha sponsalitia, quam donatio ante nuptias pleno jure fit manetque mulieris aut mariti, a quo accepta sit donatio. Sand. *d. lib. 2. tit. 2. def. ult.* Groenevveg. ad *l. 16. n. 9.* Impletum autem matrimonium hac parte censetur, ubi publice promulgatum & celebratum fuerit; etsi forte concubitus necdum secutus sit, modo non procaciter negatus fuerit. *arg. l. 24. C. de Nupt.* Groenevveg. *ibidem*, *& quos ille citat.*

21. Est in usu temporum aliud genus donationis propter nuptias, qua vir uxori in casum viduitatis, bona quædam usufructu tenus, aut reditus certos assignat & constituit, unde se post mortem mariti tueatur, quod vulgo solet adpellari *Morganatica*, voce deducta a *Morgengabica*, Germanicæ originis, quasi *Morgengabe*; quia mane ab impletis concubitu nuptiis fieri solebat, ut Calvinus in *Lexico.* D. Wissenbach. *ad h. t. in pr.* auctoresque ab eo laudati. Est idem quod vulgo dotalitium, Gallico *Douaire*. Unde vidua talis, dotalitia, *Douairiere*; plerumque hodie fit ante matrimonium, & usum habet inter magnates hominesque valde copiosos, uxoribus haud æque dotatis. Donationes matutinæ, *Morgengaben*, hodie magis in jocalibus, ait Groenevveg. *ad d. l. 16. n. 16.* consistunt, etsi melius & hæc ante nuptias dentur. In summa aliqua pecuniæ, præsentibus nummis aut per chirographum, ejusmodi morgengabas primo mane post impletas nuptias committi, meminimus, eæque sustinentur, contra sententiam juris

(l) *Pos.* 5. & 6.

* Sollicite adeo distinguenda est donatio propter nuptias Romanæ legis, in dotium securitatem inventa; & donatio propter nuptias morum nostrorum, *die so genannten Gegen-Vermachtnisse*, quæ sunt dotes Germanicæ, dotalitia, dotarium, *Douaire*, hypobola, de quibus ipse Auctor infra §. 21. Distinguas tamen a dotalitio, *Morganaticam Morgengabam*, donum matutinum, de quo vide Ill. Gundlingium *de Emptione Uxorum, Dote & Morgengaba c. III.*

juris Romani, qua donatio post deductionem in domum facta, non valet. *l. 6. C. de Donat. ant. Nup.* Groenevveg. *ibid.* Est adhuc tertium genus *Morgengabe*, quod *Hypobolum* Græci vocant, quando maritus uxori post mortem suam addicit aliquam pecuniæ summam, vel bona quædam, ipsi in casu viduitatis danda supra dotem; quasi accessio dotis: unde *ὑπόβολον, παρὰ τὸ ὑποβάλλειν*, ab *adjiciendo*, quasi fructuum ex dote preceptorum causa. Vide Cujacium 5. *obs.* 4. Quibusdam in locis ex Statuto ejusmodi hypobola debentur. Apud nos omne hoc institutum satis est incognitum; nisi quod uterque conjux superstiti aliquid de suis bonis adsignare solent donativi, quod hypoboli instar haberi potest.

TIT. IV.

De Pactis Dotalibus.

I. Pacta dotalia quæ licita, aut secus. II. Præcipua pactorum dotalium materia, remissive. III. Pacta nuptialia quænam, & eorum materia. IV. Quæ bonis moribus adversentur. V. Quæ naturæ negotii; ubi de pactis successoriis. VI. Forma hujusmodi pactionum. VII. Effectus eorundem.

(a) SIcut pacta dant legem contractibus, *l. 23. de R. I.* Ita dotium jura pactis regebantur. Expedit autem distinguere pacta dotalia, quæ proprie sunt hujus rubricæ, & pacta nuptialia. Nam priora, dotibus fere sublatis, exiguum habent usum: posterioribus nihil est frequentius. Nos rubricæ prius satisfaciemus, initio a regula facto, quod *pacta super dote valeant, quæ non prohibentur.* Et primo quidem prohibentur, quæ mulierem faciunt minus dotatam, ex ratione *l. 2. de jur. Dot. l. 1. D. Sol. matrim.* Cujusmodi pactum est, ut minus exigatur a muliere, quam maritus accepit, *l. 5. in pr. h.* ne maritus de culpa circa res dotales commissa teneatur, *l. 6.* ne morte mariti soluto matrimonio dos ad uxorem redeat, *l. 2.* ut repetitio dotis in diem ulteriorem differatur. *l. 16.* Cum qua non pugnat *Lex.* 10. quæ nec eget emendationis. Tu vide Wissenbach. *ad h. t. th.* 21. Ut maritus uxori fructus, ex fundo in dotem dato perceptos, loco fundi restituat. *l. 4.* Quod si convenerit, ut maritus & fundum & fructus reddat, non valet pactum, quia naturæ dotis est contrarium, ut dos sit sterilis, quæ ad onera matrimonii sublevanda datur. *d. l. 4.* Eadem ratione non valet pactum; ne maritus impensas necessarias repetat. *l. 5. §. ult. h.* Denique, ne pacta dotem melioris aut deterioris conditionis, quam est donatio propter nuptias, faciant, cautio est jure novissimo. *l. 19. & Auth. sed jam. C. de Don. ant. Nupt. Auth. Æqualitas. C. de Pact. sup. dot.*

2. Præcipua vero pactorum dotalium materia, circa restitutionem dotis, soluto matrimonio, consistit, de qua passim in *hoc titulo* agitur. Sed antequam hæc res perspicue explicetur, scitum oportet, quid juris, sine pacto, sit in repetitione dotis, & dein, qualis per pactum mutatio introduci queat. Prior autem articulus expectat nos apud titulum: *soluto matrimonio, dos quemadmodum petatur*. Ibi commodissime & hoc, quando vi pacti dos petatur, considerabimus. Heic interim solum ponemus, eum, qui dat dotem pro muliere, quælibet pacta recte adjicere, modo id faciat in continenti, sive extraneus, *l. 1. §. 1.* sive pater sit. *l. 7.* Ex intervallo autem, quia dos & jus repetendi quæsitum est mulieri, non aliter huic, quam si consentiat, præjudicari potest, ut latius in *d. l. 7.* Datur autem ex pactis dotalibus, sive doti adjectis, tam actio, quam exceptio. *l. 1. C. de Dot. promiss.* juncta *l. 7. de Pact.* Actio, si pactum in continenti sit adjectum, quam præscriptis verbis vocat Maximinus in *l. 6. C. de jur. Dot.* ubi vide Wissenbachium & Cujacium 11. *obs.* 17. *in f.* & 14. *Obs.* 21.

3. Pacta nuptialia, non ad dotem proprie, sed ad executionem & ornamenta matrimonii, præter dotem, pertinent, *Houvvelyks Voorvvaerden*, ut vulgo. De officiis quidem conjugalibus parcius, dum illa conscientiæ juris communis relinquuntur; potest tamen de habitatione, de cultu & famulitio, *ut vehatur, quoquo eundum sit*, l. 26. §. 3. carruca, (*pensili* addit Mornacius, *quod fere nunquam hodie prætermittitur in tabulis puellarum nobilium dotalibus, maxime apud Lutetiam*, inquit) item de moderatione domus, educatione libero-

(a) *Pos.* 1. & 2.

rorum, similibusque conveniri, quale quod *supra* nabuimus, ne vir uxori certum dedecus objiceret, & id genus alia. Sed maxime de donationibus ante nuptias, de impensis mulieris extraordinariis, de bonis paraphernis, aut peculio a singulis in domum communem illato, inferendo, de ipsa communione rescindenda, vel augenda, de administratione bonorum viro permittenda, vel subtrahenda, de mutuis donationibus in casum viduitatis, aut hypobolo vel *morgengabicis*, denique de successione mutua, vel alterutrius, aliisque similibus.

4. Est autem de his regula tralatitia; sunt licita, quæ non prohibentur. Et prohibentur, quæ bonis moribus, aut naturæ negotii contraria sunt. Hinc improbatur pactum, ne de moribus agatur, *l.* 5. *in pr. h.* apud censores scilicet. Quod etsi pro vetere disciplina non sit amplius in usu, *tit. C. de Repud. & judicio de Morib. sublato*, nunquam tamen actio de moribus, vel imploratio judicis officii, est abolita, vel abrogari potest, ut non sit meritus ideo Tribonianus exagitari a D. Wissenbachio *ad h. tit. th.* 12. Idemque Statutis gentium frequenter cautum est. Nostra eximie: *Judices supremi & inferiores per præventionem, omnem inter conjuges acerbitatem & malitiosum convictum, causa cognita serio animadvertant, partemque noxiam ad æquitatem reducant, carcere, mulcta, aliisve modis convenientibus. Lib.* 1. *tit.* 1. *n.* 14. Pactum igitur, ne liceat hac gratia judicis officium implorare, non valebit: uti nec illud; alterum alterius religionem improbatam secuturum. Si autem hæreticus aut heterodoxa promiserit, se maritum ad sacra publica secuturum, valet pactum; non ut cogatur, si postea nolit, vel ut matrimonium pridem consummatum rescindatur, sed ut conditiones licitæ, in eum casum constitutæ, obtineant. Quippe in universum pacta matrimonii resolutiva, vel etiam, ne liceat ad ejus implementum agere, non valere dictum est antea, videbimusque iterum *ad tit. de Divort. & repud.* Pactum de potestate maritali minuenda num valeat, sæpius usu venit quæri: ad Bona quod attinet, valere dicendum est, velut, *ne vir sit curator uxoris*; quod jure civili nec est, nec esse potest: ideoque moribus, quominus caveatur ne sit, nihil obstat. Parci tamen dictis velim: sufficit uxor caveat, ut penes se solam sit administratio: nec opus adjiciatur, ut *maritalis auctoritas cesset*, quo modo in Hollandia notarios vidi adjicientes, adjectumque habuit suis pactis nuptialibus vir Cl. A. de G. qui ab Amstela uxorem hucce duxerat. Verberat hoc aures hominum merito. Reliquas etiam facultates maritalis potestatis restringere licet; salvo tamen principatu domus, cui renunciare non est boni moris; etsi Ægypiiis tempore Sesostris frequentatum accepimus. Jus gentium, & pactis majus est, illud:

Θεμιστεύει δὲ ἕκαστος
Παίδων ἠδ' ἀλόχων.
Vir quisque gubernat
Uxorem prolemque suam.

5. (b) Naturæ negotii repugnat pactum futuræ successionis, quia testamento vel lege, non pactis, nominatim pactis dotalibus, hæreditas defertur. *l.* 15. *C. de Pact. conv. sup. dot.* Ideoque non modo libera testandi facultas ejusmodi pacto non amittitur, sed nec valet contra jus ordinarium successionis, etsi nihil contraria voluntate suprema sit constitutum, *d. l.* 5. ubi: *Intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores, ut tibi restituantur, quæ nullo jure debentur*; etsi hactenus dissentiant Wesenbec. *ad d. l.* 15. Hartm. Pistor. *l.* 4. *Qu.* 4. *n.* 8. Heig *part.* 1. *Qu.* 23. *n.* 15. *& sequ.* Sed hoc jus nescio an usquam, præterquam in Frisia, servetur. Omnes omnium gentium scriptores, pacta dotalia de successione futura, esse recepta testantur, quos vide apud Sandium *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 7. Groeneweg. *ad d. l.* 5. Wissenbachium *ad h. t. th.* 23. habentque auctoritatem Leonis in *Nov.* 19. Quæ cum non deroget Justiniano, Frisii hac etiam parte Justiniani auctoritatem sequuntur, & omnia pacta futuræ successionis, æqualis aut inæqualis, etiam inter conjuges, repudiant, ut judicatum refert Sandius *d. def.* 7. *in fin.* & certi juris habetur. Conventiones autem donationesque particulares, pactis nuptialibus factæ, valent absolute, ut scripsimus in *posit. ult. h. t.* D. Thomasius in illa verba crisin exercuit, & pro *donationesque*, vult a me scriptum esse *pactionesque*. Sed tum esset tautologia, & respexi ad liberalitates, quæ inter vivos exercentur, oppositas ultimarum voluntatum beneficiis. Has omnino licitas esse, ex iis, quæ de donationibus ante nuptias, & hypobolis dicta sunt, intelligi potest. An omnium bonorum donatio valeat, commodius ad *tit. de Donation.* refertur.

6. (c) Forma pactorum dotalium, nulla solen-

(b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 5.

lennis est, * & fiunt solo consensu, voce vel scripto expresso. *d. tit. C. de Pactis conventis*. Sed pro rei magnitudine plerumque instrumenta tabulæque conficiuntur; unde quod per Nuptias fit, *confectis dotalibus instrumentis* fieri dicitur, §. *ult. I. de Nupt.* qua de re diximus *ad tit. Inst. de Nupt.* §. *ult.* Bene autem animadvertendum est, verbis ultimarum voluntatum, an conventionis & pacti instrumenta concipiantur, cujus rei discrimen mox collocabimus; difficulter autem id aliquando discerni, patet ex his, quæ Sandius hac de re tradit in *l.2. tit.2. def.* 4. *& l.* 5. *t.* 1. *def.* 3. Videbimus ad *tit. de Donat. & seqq.* Recte etiam consulent, qui vera pacta inire volunt, tres, non quinque testes, ut vulgo faciunt, adhibeant; quia numerus quinarius ultimis voluntatibus convenit; etsi tamen non faciat tales, si verba sint propria pactorum.

7. (d) Effectus pactorum nuptialium, est idem quem diximus esse dotalium, actio scilicet, vel exceptio, Moribus hodiernis indistincte, sive in continenti, seu postea sint adjecta, per ea, quæ diximus *ad tit. de Pactis n.* 11. Sic tamen, ut nunquam ob eorum neglectum nuptiæ retractentur, ut *antea* dictum. Sed de eo quod pecuniarie interest, ordinaria actione utendum. *l.* 26. §. 3. *& pass. h. t.* Cujusmodi ad litem, an uxori curatore opus sit, ad *tit. de Judic. Part. II. pag.* 198. *n.* 14. disputatum. In his, quæ ad officia conjugalia spectant, officium judicis implorandum, quo is auctoritatem suam interponat, ut & fides pactis servetur, remediisque in eam rem prætoriis utatur, qualia modo ex Statutis *Fris. l.* 1. *t.* 1. *n.* 14. demonstravimus. Quominus dotalia & nuptialia pacta, consensu partium retractentur, ut in universum juris est, *l.* 5. *C. de O. & A.* nihil impedimento est; nisi quod alter in alterius gratiam, jure lucrativo per pactum quæsito renunciare non potest, quia incideret in donationem conjugibus inter se prohibitam, ut *inferius* docebitur, quale etiam esse pactum de mutua conjugum successione, tradit Groenew. *ad l.* 5. *C. de Pact. conv. n.* 4. quod tu limita, si alter inde præ altero notabiliter aumctus & honoratus sit; secus si nihil aut parum intersit. Possunt etiam revocari ab altero donationes instrumento antenuptiali, per modum ultimæ voluntatis, aut donationis mortis causa relictæ, secundum naturam ultimarum voluntatum. *l.* 4. *de Alim. Legat.* Postremo ad effectum pertinet, quod Sandius prolixe refert judicatum, nuptiale pactum prioris matrimonii non censeri repetitum in secundis nuptiis, cum alio aliave initis. *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 3. Tu dices, quid dubii, cum hæc sit notissima pactorum natura? *l.* 25. §. 1. *l.* 42. *de Pact. l.* 25. *l.* 26. *C. eod. l.* 2. *C. int. al. alt. l.* 26. §. 1. *h. t. l.* 68. *de Jur. dot.* At quid non dubium facit disputandi varietas? Sunt textus, qui dotem in priore matrimonio constitutam, cum suis qualitatibus, in contractu secundi matrimonii repetitam censent. *l.* 30. *l.* 40. *& l.* 63. *de Jur. Dot. l. pen.* §. 5. *Sol. matrim.* Scilicet, textus vel iidem ipsi vel sequentes, hoc de iisdem conjugibus, post breve divortium in unum reversis loquuntur. Quod autem Gaius tradit, mulierem ad secundas nuptias eandem in dubio attulisse dotem, quam priori marito dedit, habet aliam rationem & facile concedendam, quatenus ad præsumptionem quantitatis in dubio colligendam spectat. 2. *obs.* 82. *n.* 7.

TIT. V.
De fundo Dotali.

I. Sententia tituli remissive, cum additam. II. De dominio fundi, & ad L. 30. de Jur. Dot.

(a) PRohibitio de non alienando fundo dotali, lege Julia facta, rubricam, peculiarem peperit, cujus sententiam executi sumus ad *tit. Inst. Quib. alien. lic. vel non. n.* 6. Quibus heic addemus, etsi maritus fundum Dotalem communem cum alio possidens, socium ad divisionem provocare nequeat, eo tamen provocante divisionemque petente, cum sit causa necessitatis, ad eam procedere posse. *l.* 2. *C. h. t.* Quemadmodum & omnis hæc pro- hi-

(d) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. 2. 3. & 4.

* Secundum *P.* 2. *C. Fl.* 43. pacta dotalia fiunt vel per modum ultimæ voluntatis, vel per modum contractus. Illa, ut aliæ voluntates ultimæ, nisi in præsentia utriusque conjugis judicialiter fuerint insinuatæ. *d. C.* §. *f.* quinque testium præsentiam minimum requirunt. verb. *und es wæren funf oder mehr Zeugen dabey* &c. vid. Carpz. *ad const. def.* 4. *seqq.* In his vero d. Constitutio duos vel 3. testes desiderat, nec sine curatoris consensu, uxores ea tuto inire posse videntur. Richt. *dec.* 26. *n.* 18. Carpzov. *dec.* 141.

hibitio de voluntaria alienatione, non de necessaria intelligenda est; quominus enim ære alieno uxoris cogente, aut alimentorum causa fundus dotalis alienetur, nihil obstare potest. Perez. *ad h. t. C.* Ad res mobiles quoque legem Juliam non pertinere, certum est *l.* 4. *h.* & *l.* 2. *C. h. t.* easque mulier a viro alienatas vindicare prohibetur. *l.* 9. *C. de R. V.* Extra dotales, potest mulier, etiam sine viri consensu, res suas alienare & obligare, *l.* 8 *C. de Pact. Convent.* & *l.* 12. *C. de pignor.* quod moribus aliter est, cum vir plerumque sit curator uxoris. Perez. *h. t. C. n.* 8. Sand. 2. *tit.* 4. *def.* 3.

2. (b) Ex alienatione fundi dotalis prohibita sequi, maritum, durante matrimonio, esse dominum fundi dotalis, probatum est ad *d. tit. Inst. n.* 7. Objectiones autem, quibus contrarium ab aliis sustinetur, removimus iisque satisfecimus in *lib.* 4. *Digress. c.* 9. *n.* 4. Censeo & addas, quæ D. Wissenbach. commentatus est, quæ huc referre nihil necesse est, ad *l.* 30. *C. de jur. Dot.* Summa huc redit. Dominium, quod maritus habet in fundo dotali, cum soluto matrimonio restituatur mulieri, est revocabile, unde fit, ut dolum & culpam præstet, quam alioqui nemo in re propria luit, *l.* 17. *de Jur. dot.* eoque sensu dominium uxoris aliquando, non ipsius dicitur *l.* 3. §. 5. *in fin. de Min.* Confer. *l.* 22. *de Adq. poss.* In *l.* 30. *C. de Jur. dot.* idem est, sed ibi Cæsar exorbitat adeo, ut mulierem rei quoque æstimatæ in dotem datæ dominam esse dicat, quod nullo modo verum esse potest. *l.* 10. *C. de Jur. dot.* Loquitur igitur plane καταχρηστικῶς.

SCHOLIUM.

Potest equidem aliquo modo defendi, uxorem esse dominam dotis æstimato datæ, si nimirum æstimatio taxationis causa facta fuerit. Aliud si venditionis. An vero hæc distinctio conveniat cum mente Imperatoris in d. l. 30. *alia quæstio est.*

RESPONSIO.

At hæc est quæstio hujus loci; e textu satis liquet, Justiniano propositum esse, dominii appellationem indistincte mulieri adscribere, quomodocunque res datæ fuerint, mobiles, immobiles, se moventes, æstimatæ inæstimatæ. Quoties autem res simpliciter æstimatæ dicuntur, non taxationis, sed quasi venditionis subesse causam, satis arguit l. 5. & l. 10. C. eod.

N. ADDIT.

Etsi hæc quæstio sit hujus loci, non tamen obligatus eram, de omnibus quæstionibus mentem meam aperire. Erat & illa hujus loci, an Auctor, dum Justinianum rixat, recte dixerit, nullo modo *verum esse posse, quod mulier rei quoque æstimato datæ domina dicatur, quam recte negavi in Scholio, & Auctor nihil habuit quod respondeat. Si de mente Justiniani sententia mea dicenda est clarius, vel ipse modus loquendi in Scholio indicat, quod jam tum putaverim, eam distinctionem parum prodesse menti Justinianeæ. Et nunc quod taxationem Justiniani attinet, ulterius quam Auctor progredior. Etiam Justinianus non solum in eo falsus est, quod mulierem dicat dominam dotis æstimatæ, sed & in genere, quod mulierem constante matrimonio putet mansisse vere dominam dotis, etiam inæstimato datæ, & quod maritus solum subtilitate juris dominium in re dotali habuerit, naturaliter autem ea in mulieris dominio manserit. Sed bene se res habet. Competebat uxori saltem actio personalis, vel hypothecaria, quarum utraque indicio est, non peti dotem tanquam rem propriam ex jure dominii. At Justinianus volebat eam præferre hypothecariis anterioribus. Non melius remedium, quam si Justinianus daret ei rei vindicationem. Sed quomodo daret, si maritus fuit dominus dotis? Rumpit hoc dubium Justinianus, ut Alexander nodum Gordium, cum solvere non possit. Negat inquam, maritum esse dominum. Et cum tot leges & rationes obstarent, facile fuit ei, qui consilium dedit ad antinomias quasvis conciliandas, subtili ratione distinctionem quandam excogitare, ut hoc consilio ipse uteretur, tradita a JCtis ex regalis naturæ & artis subtilitati cerebrinæ adscribendo, suam vero inventionem, non improbabiliter subtilitati persuasionis Dominæ suæ originem debentem, palliando æquitatis & rectæ rationis pallio. Ita videlicet decebat Imperatoriam majestatem, non solum armis decoratam, sed & legibus armatam, ut in condenda arte sua armis, & gladio voluntatis suæ, leges interimeret, i. e. ratione, quæ est anima legis, privaret, & sic divinitatem suam ostentaret. Unde habent quod innitentur ejus admiratores & adoratores, ut & strenue hactenus fecerunt, & in posterum absque nostra admonitione facient.*

Moribus hodiernis, sublato fere dotium instituto, fundi dotalis prohibitam alienationem non tam cessare, quam usu carere, per se intelligitur.

(b) *Pos.* 5.

LIB.

LIB. XXIV. TIT. I.

De Donationibus inter Virum & Uxorem.

I. Ratio prohibitæ Donationis inter virum & Uxorem. II. Prohibitiones per consequentiam personarum, aut rerum. III. De donatione marito facienda, in uxorem derivata. IV. Licitas esse donationes, quæ donantem non faciunt pauperiorem, cujusmodi variæ species explicantur, ubi de re aliena, de fructibus, de reciprocis donationibus &c. V. De confirmatione Donationis per silentium Donatoris usque ad mortem. VI. De usu moris hodierni.

(a) INter inexpectata juris civilis, haberi potest donationis inter virum & uxorem prohibitio. Quibus enim major quam conjugibus, affectionis & liberalitatis causa, cum necessitudine conjugali nulla sit arctior, nec esse queat? Sed magistra fidelis experientia *l. 1. h.* docuit Romanos, quod ratio, primo intuitu obscurius dictat, adeo tamen non sine ratione, ut in mores usque hodiernos prohibitio duret, in iis quidem locis in quibus universalis bonorum communio terminos habiles non sustulit, ut monet Groenewegius ad *pr. h. t. D. & C.* Namque ubi quæstus & damni societas est tantum, ut apud nos, ibi pleræque donationes suum, si prohibitæ non essent, usum retinerent. Rationes adducuntur tres in *l. 1. 2. & 3. h. t.* Prima, *ne mutuato amore spoliarentur*; quia fere sic accidit, ut alter alteri conjugum sit obnoxius, evitari non posset, quin sæpe fieret, ut mollior, *ο ἥττων* exhauriretur. Secunda ratio, ne abducantur a studio liberos educandi. Hos enim si habeant, cui bono donationes mutuæ? Cum parentum hæc sit cura, *τοῖς τέκνοις θησαυρίζειν*, *liberis colligere & custodire pecunias.* Tertia ratio, quia sæpe fieret, ut *discuterentur matrimonia*, si non donaret is qui posset, ac ita simultates pullularent. Sponsalitiis largitionibus, dotibus & propter nuptias donationibus, satis amori, satis *ἐπιμειλίοις*, illiciis matrimonii consultum. Durante conjugio donationis licentia nihil boni, mera incommoda producebat.

2. (b) Stabilitæ prohibitioni consequens fuit, ut non modo directe vetarentur donationes inter virum & uxorem, sed & inter omnes per quos donatio inter conjuges indirecte perpetrata videri posset; consequentiæ autem illæ inprimis ab unione patriæ potestatis oriuntur. Hinc mater non potest donare filio qui est in patris sui potestate, quia per eum patri, suo marito, donaret, *l. 3. §. 4. h.* ubi excipitur, nisi militi & in castra eunti donetur, adde *l. 17. C. de Donat.* Sed cum hodie pater donata filio non adquirat, nisi fructus tenus, an si mater filio hac lege donet, ne pater usumfructum habeat, donatio tum non valet, quia pater idemque maritus donantis, inde nihil adquirit? Ita videtur *arg. l. 1. & t. C. de Bon. quæ lib.* Socer etiam non potest donare genero vel nurui, hoc est, pater conjugis, qui hunc vel hanc in potestate habet, quia per patrem conjux donare videretur, *l. 3. §. 5.* nurui autem a socru donari non est prohibitum, quia non vertitur patria potestas. *d. l. 3. §. 7.* Nec frater conjugis, qui in ejusdem

(a) *Pos.* 1. (b) 2. & 3.

dem patris cum illo illave potestate est. *d. l.* 3. §. 2. Adde, quod ut socrus nurui donet, raro contingat, quatenus, si Terentio fides; *Omnes socrus oderunt nurus*: secus ac soceri generos; *Quam sanctum soceri nomen!* Claudian. *bell. Get.* & Theocr.

Χαίροις εὐπένθερε γαμβρὲ,
Quippe boni soceri gaudet amore gener.

Exemplum donationis ex intimo affectu Pyndarus a socero ad generum petit:

Φιάλαν ὡς εἴτις ἀφνειᾶς ἀπὸ χειρὸς ἑλὼν
Ἔνδον ἀμπέλου καχλάζοισαν δρόσῳ, δωρή-
Νεανίᾳ γαμβρῷ προπίνων (σεται
Οἴκοθεν, οἴκαδε.

Tanquam si phialam munifica manu
Spumantem latices purpureos meri
Propinans genero suscipiat socer,
Et donet placiti conjugii novis
Aptum pignus amoribus.

Ubi addit Scholiastes: Ἕνεκα τῆς ὁμοφροσύνης, ἣν ἔχει ὁ νεανίας πρὸς τὴν τοῦ δωρησαμένου θυγατέρα. *Propter concordem benevolentiam, qua juvenis filiam donatoris prosequitur.* Bene est, quod factum ita donandi non prohibetur, sed jus tantum revocandi datur legibus, ut *infra*. Quin nec consocer consocero recte donat, si ambo conjuges sint in potestate donantis & donatarii. *l.* 32. §. *oratio.* 16. Sed hos casus, moribus hodiernis non attendi, facile constat ex eo, quod conjuges hodie nunquam sunt in patria potestate, quæ nuptiis solvitur, ut *alias* dictum & notum est. Sunt etiam consequentiæ prohibitionis ex natura negotii, quoties sub alio titulo id agitur, ut conjux alter ex alterius bonis augeatur: cujusmodi non tantum est acceptilatio & delegatio, qua conjux debitori suo jubet ut conjugi solvat, *d. l.* 3. §. 10. & 12. sed etiam emptio venditio, si res minoris vendatur, ut reliquum gratis habeatur. *l.* 5. §. 5. & *l.* 7. §. 6. Imo quoties id actum est a conjuge, ut alter, etsi ad tempus, aliquid commodi perciperet, irritum est quod geritur. *l.* 49. Ergo nec si vilius locetur fundus, valebit locatio. *l.* 52. Quid autem? Si virum gratis in ædibus suis habitare permiserit, valet donatio, *l.* 18. si minoris locaverit, non valebit? Hæc non cohærent, nisi gratuitam habitationem ad breve tempus intelligas & necessitatis causa; sicut usus servorum & vestimentorum *ibidem* sine dubio accipiendus est. Denique liberalitatis causa inita societas non valet, *l.* 32. §. 24. cujusmodi casum & exemplum habuimus *ad tit. pro Socio n.* 12. *vers. constante matrim.*

(c) *Pos.* 5.

3. Idem est, si maritus donaturum sibi rogaverit, ut uxori donaret, tam mortis causa quam inter vivos. *l.* 3. §. *ult.* & *l.* 4. Non est idem, si maritus legaturum sibi rogaverit ut uxori potius legaret. *l.* 31. §. *Quod legaturus.* 7. *h. t.* Quæ ratio differentiæ, maxime inter legatum & donationem mortis causa? Pomponius ait, *quia nihil ex bonis mariti diminuitur. d.* §. 7. Sic ut Ulpianus: *quia pauperior non fit qui non adquirit, sed de patrimonio deposuit*, hoc est submovit, ut ei non accederet. Atqui id ipsum usu venit in donatione nondum facta, & in uxorem derivata. Sed ibi locum habet fictio *brevis manus*, qua perinde habetur atque si maritus *accepisset* & rem suam factam *uxori dedisset. d. l.* 5. §. *ult.* Quæ ratio facit, ut in donatione mortis causa, traditione non secuta, idem juris oporteat esse, quod est in legato. Apud eos populos, quibus æquitas validior est quam jus civile, forte plus valeat prior ratio sat solida; maritum in casu donationis nondum factæ, nihilo magis pauperiorem fieri, quam in specie legati, inspecta fictione brevis manus, nec ideo invidendum uxori, quod mariti benevolentia, non ex ejus patrimonio, ad illam pervenerit.

4. (c) Quin illa ratio, donationes ideo esse prohibitas, ne donans fiat pauperior, sententiam hujus instituti plenius detegit. Ergo si transitorium & brevem usum servorum, jumentorum, vestium, domus concesserit, valebit donatio. *l.* 18. Hinc etiam munera, quæ sunt modicæ præstationes esculentorum, poculentorum; vel strenæ natalitiæ, aut novi anni, inter conjuges non prohibentur, *l.* 1. §. 1. *ad L. Jul. Repet.* modo non immodica in genere suo. *l.* 31. §. 8. *h.* Imo talia in infinitum capere licet. *l.* 7. §. 1. *d. tit. ad L. Jul. Repetund.* Quomodo hæc cohærent? In *infinitum*, hoc est, non certo numero præscriptum, ut in §. 4. *I. de Hered. inst.* instituere licet unum vel plures usque *in infinitum*; singula tamen ut sint modica munera. Sic etiam donare licet conjugi, ut *honestius se tueatur*, *d. l.* 31. §. 8. *h.* quo pertinet *lex.* 21. *C. h. t.* ubi, quæ dignitatis causa dantur, accipientem facere negantur locupletiorem. Quippe dignitatis non modo tuendæ, sed etiam adipiscendæ causa ab uxore donari potest, *l.* 40. & *seqq. h. t.* quod cave pro moribus hujus seculi accipias, quibus dignitates pretio adquiruntur: spectat ad censum equestris aut senatoriæ dignitatis, qui Romæ requirebatur, supplendum; cujusmodi donatio-

tiones credibile est sæpe dicis gratia esse factas, sub tacita fide restituendi, dumtaxat ut legi satisfieret, quemadmodum hodieque fieri scimus in locis, quibus ad senatoriam vel decurionalem dignitatem adipiscendam census est præscriptus. Ad eundem locum pertinent reliquæ donationes, quæ miserationis aut necessitatis habent causam, veluti ad sepulturam, *l.* 5. §.8. ædificandi domum exustam, *l.* 14. dotandi communem filiam, *l.* 34. exilii tolerandi gratia *l.* 43. At suave est, quod in l. 25. habetur, donationem rei alienæ conjugi a conjuge factam, valere, quia donans rem alienam dando non fit pauperior; de suo non potest esse liberalis, ex alieno fas est? Verum sit hoc ex iis quæ videntur, non sunt absurda. Donatio rei alienæ inter conjuges facta valet ita, quemadmodum inter extraneos, sine præjudicio domini, cum hoc effectu dumtaxat, ut usucapiendi facultatem bonæ fidei conjux habeat. *d.l* 25. Cujac. 18. *obs.* 15. Hotoman. 12. *obs.*7. Sed de fructibus rerum donatarum quid videtur? Quorum, sicut usurarum valere donationem, etsi donatarius conjux sit locupletior, scribit Ulpianus in *l.* 17. imo quatenus locupletior est uxor donataria, finito matrimonio fructus sunt restituendi. *l.*8. *C. h.t.* Concilia ex *l.*9. §. 1. *de Donat.* Si fundus sit donatus, fructuum perceptio non habet rationem donationis. Si vero ipsi fructus sint donati, hæc est donatio, ac inter conjuges facta, pro illicita habetur & repetitioni subjecta est. Adde Pac. 8. *Antinom.* 21. Ex eadem ratione dicendum, mutuas donationes, quibus alter alterum conjux æquabiliter honorat, sine notabili differentia, non esse prohibitas, quia donantes per illas non fiunt pauperiores. *l.* 7. §. 2. *h.* & *l.* 32. §. 14. *h.* Ita Peckius *de Testament. Conjug.* 8. *n.* 2. Mynsing. 2. *obs.*33. *n.* 6. Gail. 2. *obs. n.* 7. Fachin. 3. *controv* 8. Mornac. *in l.* 1. *h. t.* Diss. Cujac. *in par. C. h. t.* Giph. *in l.* 14. *C. h. t.* Wissenbach. *hic*, *n.* 8.

5. (d) Prohibitionis effectus est, quod donatio sit ipso jure nulla, *l.*3. §. *sciendum* 10. *h.t.* scilicet inter vivos. Nam mortis causa donatio, non minus licita est inter conjuges quam legata sunt, quoniam exitus ejus confertur in id tempus, quo conjuges amplius non sunt. *l.*9. §. 2. & *l.l. segq. h. t.* & *l.* 40. *de Donat. m. c.* Quæ ratio est, quod socer genero vel nurui mortis *suæ* causa frustra donare dicitur in *l.* 53. *h.t.* quia moriente socero, matrimonium inter ejus filiam & donatarium non erit dissolutum. Inde vero, quod mortis causa viro & uxori donare licet, fluxit hoc jus; quod silentio ad mortem usque firmetur & convalescat * donatio ipsa inter vivos, quasi per modum ultimæ voluntatis, *l.* 32. §. 1. 2. 14. & 23. *l.* 24. *in fin.* & *l.* 25. *C. eod.* idque ex oratione Severi & Antonini, quæ donationes rerum, id est traditione perfectas solummodo pertinuit, ad eas, quæ promissione perficiuntur, non spectabat, ut Ulpianus secundum Papinianum orationem Severi interpretatur. *l.*23. *h. t.* Wissenbachius noster alios secutus; quos laudat plures, ex eodem Ulpiano probat, confirmationem illam æque ad donationes stipulatione constitutas, quam traditione perpetratas spectavisse. I. Profert *d. l.*32. §.1. ubi dicitur, illa confirmatio *ad omnes* donationes inter virum & uxorem pertinere. Ad *omnes*? Ergo & ad eas quæ stipulatione constant. Non sequitur vocabulum *omnes* heic ad quoslibet actus liberalitatis, etsi proprie donationes non sint, referendum. II. Profert §. *sive autem*, 23. *ejusd. L.* ubi: *universæ donationes*. Est eadem responsio, quæ firmatur ex ipso textu; nam remissio obligationis & acceptilatio, quæ fit donandi animo, etsi donatio non appellatur, morte tamen firmatur; quia non sola promissione, sed reali præstatione ejus quod promissum, impleta fuit liberalitas. Sed gravius obstat *L.*33. *p inc. h. t.* quæ est ejusdem Ulpiani: *Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex stipulatu petere, constante matrimonio, non potest: sed si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, stipulatione confirmari ex Sc̄to.* Difficile dictu est eundem Ulpianum in re tralatitia sibi ipsi esse adversatum, quod mihi nondum accidit agnoscere, ut idem Jc̄tus sibi αὐτόχθως esset contrarius. Alii distinguunt inter orationem Severi in *l.* 23. & Antonini in *d. l.* 32. §. 1. ut D. Wissenbach. *ad h. tit. th.* 11. Non placet, quia Antoninus habuit orationem suam patre collega superstiti-

(d) *Pos.* 4. 6. & 7.

* Ita nostro quoque jure regulariter quidem etiam obtineat, non convalescit tamen donatio Geradæ ab uxore marito in præjudicium cognatæ facta, licet alias mulieres, inter vivos valide Geradam donatione, in liberos vel extraneos conferre, non prohibeantur, P. 2. C. El. 13. §. *Diese donation. verb. dass. sie durch folgendes Absterben der Frauen nicht bekräftiget wird*, non obstante vero hac prohibitione, uxorem marito Geradæ nomine aliquid donare, imo etiam ipsam Geradam, & in testamento quoque, ei vendere posse, existimat Carpz. ad *d. C. def.* 9. *seqq. def.* 11.

ſtite, *d.l.* 32. *pr.* cujus idcirco nomen primo loco Senatus Conſultum prætulit, adeoque & Severi dicta fuit oratio, neque de pluribus in hanc rem orationibus patris & filii ſeorſim, quidquam memoriæ proditum eſt.

Malo reſponſionem petere ex §. 1. *d. l.* 33. *Si uxor marito annuum verſa vice præſtiterit.* Eſt continuatio ſimilis ſpeciei. Hic agitur de annuo realiter præſtito. Dic etiam ita; In *princ.* Annuum non tantum fuiſſe promiſſum, ſed etiam præſtitum. Promiſſum dumtaxat, ait, peti non poſſe. Quod dein ſubjicit de confirmatione, id ultro de annuo præſtito intelligere voluit, cum ſatis docuiſſet confirmationem ad alias quam rerum donationes non pertinere; idque mox ἀμέσως indicat, cum pergit, *Si uxor marito annuum verſa vice præſtiterit. &c.* (1) Jure noviſſimo non eſt dubium, quin tam donationes promiſſione conſtitutæ, quam traditione impletæ ſilentio ad mortem uſque continuato indiſtincte confirmentur. *N.* 162. *Cap.* 1. Confirmata morte donantis liberalitas inde ab initio jure facta cenſetur, & ad principium ſuum retrotrahitur, tam quoad fructus, quam quod ad dominium attinet; modo non excedat ſummam quingentorum ſolidorum, aut, ſi illam excedat, inſinuata ſit actis donatio, *l.* 25. *C. h. t. d. Nov.* 162. *cap.* 1. qua omiſſa, quid juris ſit, ex loco communi donationis, quem habuimus ad *tit.* I. *de Donation. n.* 5. petendum. Cæterum, id ultro ex his quæ dicta ſunt, liquet; donantem habere in poteſtate revocare donationem, non æque ipſius hæredem. *l.* 32. §. 2. Sufficit etiam tacita revocatio per divortium ex ira & cum offenſa, niſi reconciliatio intervenerit. *l.* 32. §. 10. & 11. *h. t.* Etiam per venditionem rei donatæ & quamlibet alienationem; quin & per oppignorationem, non modo ſi res tradatur, ſed etiam per hypothecam, *d. l.* 32. §. 5. quod a Juſtiniano quoad pignorationem abrogatum eſt in *d. Nov.* 162. *cap.* 1. *med.* §. 1.

6. Moribus hodiernis quid de hac prohibitione ſervetur, * inde a *principio* dicere occupavimus. Quæ gentes univerſalem inter conjuges ſocietatem ſive communionem recepere, non habent materiam donationis exercendæ; quia quidquid alteri adquiritur, utriuſque ſtatim commune fit. Qui tamen inter eas, quicunque ſunt in facultatibus nec vota ſua præcipitant, pactis dotalibus a communione recedunt, exceptis reditibus; manifeſtum eſt, in ejuſmodi populis prohibitæ donationis uſum non magis infrequentem eſſe, quam apud gentes quæ lege univerſa communionem excluſerunt. Sic tamen ut inter ejuſmodi conjuges, donationes earum rerum quæ ad reditus pertinent, ut ſi domus vilius locetur & id genus alia, non habeant facultatem. Verum ſi conveniat, ut quorundam reditus bonorum ſocietati eximantur, aut hæc tota, vel ex parte, cum alterius lucro ceſſet, locum inprimis habet hæc ſanctio, ut antea dictum eſt. Denique, ſi redituum communio quoque inter conjuges ſit excluſa, tum nihil eſt cauſæ, quin Jus Romanum hac parte valeat, ut largus alioqui juris abrogandi Groenevvegius, æque ſtatuit *ad pr. d. tit. Codicis*. Eſt ubi & mortis cauſa donationes inter virum & uxorem ſunt prohibitæ, quod de Ultrajectinis teſtatur Vir Cl. Joh. Voet *ad h. tit. in fin.*

T I T. II.
De Divortiis & Repudiis.

I. Divortii & Repudii differentia. II. Facilitas Juris Romani in diſſolvendis Sponſalibus. III. Juris Canonici, utique in ſponſalibus de futuro. IV. Quid mores hac parte ferant. V. An diverſa ratio in ſponſalibus, quæ habent tempus incerti eventus. VI. Sponſalia pura, licet de futuro, eſſe irrevocabilia. VII. An ſponſalia pura, contrario partium conſenſu reſolvi non poſſint.

(a) Sic ſunt res humanæ; *omnia orta intereunt*; ne matrimonium quidem, etſi individuam vitæ conſuetudinem continens, hac lege eximitur, non modo illa fatali mortis, quæ eſt omnium linea rerum ultima, ſed & aliis, divortia quæ dicuntur atque repudia.

(a) *Poſ.* 1.

(1) *Eleganter & ſolide, pro more ſuo, hanc quæſtionem tractat Vir Ampliſſ. Corn. van Bynkershoek* obſervat. lib 3. cap. 18. *ubi ad l.* 33. *h.t. aliam reſponſionem ſuggerit, petitam ex natura annui, quæ eſt, ut in futurum repræſentari non poſſit.*

* Noſtris moribus, licet donatio uxori a marito facta regulariter non ſubſiſtat; Carpz. *P. C. Fl.* 13. *d.* 14. uxorem tamen una cum curatore, marito judicialiter valide donare, contendit Id. *d.l.def.*16. J. Schilt. *ad ff. Ex.* 36. §. 102. *ſeqq.*

dia. Divortium inter virum & uxorem fieri dicitur; repudium vero sponsæ remitti videtur, quod tamen & in uxoris personam non absurde cadit, ait lex 101. *de V. S.* Nam & uxor repudiari, *l.* 12. *pr. de Rit. nupt.* & repudium illi mitti dicitur, in *l. pen. ad L. Jul. de adult.* Idem ex *l.* 2. §. 1. *&* 2. *h.* liquet. Apud Suetonium, Cæsar ut filiam Cinnæ post Juliam inde natam *repudiaret*, nullis Syllæ minis adduci potuit. *vit. Cæs. in pr.* Plane sic habendum; repudii & repudiandi verbum, sponsis atque uxoribus commune, divortium his solis, minime Sponsis, esse proprium. *l.* 191. *de V. S.* Sed nequaquam ut eodem nomine sponsæ nuptæque dimitti possunt, ita jus est idem repudiis atque divortiis. De singulis videamus.

DE REPUDIIS.

2. (b) In sponsalibus solvendis alia est ratio juris civilis & alia canonici, quo hac parte magis utimur. Jure Romano sponsalia quemadmodum solo partium consensu ineuntur, ita pari consensu, imo alterutrius voluntate, dissolvuntur; *Nam alii desponsatæ, renunciare conditioni & nubere alii* liberum esse rescribunt, ut juris notissimi, Diocletianus & Maximianus in *l.* 1. *C. de Sponsal.* Valerianus & Gallienus Paulinæ, *Liberum est*, ajunt, *filiæ tuæ, si consilium mutare voluerit, nuntium remittere Sponso. l.* 2. *C. de Repud.* Quam libertatem scilicet, non minus competere viro, indubitatum est. Qua in re sicut veteres omni formulis complecti solebant, hujusmodi verba probata sunt, CONDITIONE TUA NON UTOR, *l.* 2. §. 2. *h. t.* quæ tamen non fuit solennis formula verborum, quia & inter absentes commutari possunt, §. *ult. d. l.* 2. ideoque & æquipollentia sufficere, non est ambigendum. *d. l.* 1. *C. de Sponsal.* Sponsaliorum autem, ad hunc effectum, appellationem sic esse accipiendam, ut ipsum matrimonii contractum, qui consensu perpetratur, comprehendat, ex iis, quæ *supra* de sponsalibus disputata sunt, cognosci potest; idque nec esse quod miremur, facit eadem divortiorum licentia, quæ in nuptiis consummatis apud veteres fuit, ut mox intelligemus. Jure civili igitur non est dubium, quin ipse matrimonii contractus nondum consummatus, utriusque vel alterius consensu retractari possit, salva tamen ut videtur, etsi rarius usu veniat, in id quod interest actione, ratione damni, si quod illatum sit, aut lucri cessantis. *arg. l.* 2. *C. de Sponsal.* Postea placuit exigua restrictio; quod sponsus sine justa causa renuncians, amittat arrham, sponsa, quæ sui juris & major annis 25. duplicatas restituit; si minor, simplo defungitur, parentes ad duplum arrhæ tenentur. Excusatio ætatis, ad sponsos etiam extenditur in *l.* 5. *C. de Sponsal.* Causæ vero justæ sunt, matrimonium legibus prohibitum, turpis, prodiga, vel impudica sponsæ conversatio, religionis diversitas, impotentia. *d. l.* 5. Hactenus de jure civili.

3. (c) Videamus, quid jure canonico in sponsalibus retractandis sit receptum. Nota est hujus juris inter sponsalia de futuro & de præsenti distinctio. In sponsalibus de futuro dissolvendis, satis faciles sunt canones. Rumpuntur enim mutuo consensu, *c.* 2. *X. De Sponsal.* qui textus loquitur *de his, qui de matrimonio pure & sine omni conditione contrahendo, fidem dederunt*; hi quidem modis omnibus commonendi sunt, ut præstitam fidem servent; si autem se invicem admittere noluerint, datur eadem libertas, *quæ sociis in renunciando, ne quis talem, quam odit, ducat.* Ex quibus, etiam unius dissensu, sponsalia rumpi posse dixeris: non tantum si persona sit talis, quæ non nisi de futuro sponsalia conferre possit, de quibus est *Cap. a nobis.* 8. *X. de Desponsat. impub.* sed etiam qui purum de matrimonio consensum inierunt. *d. cap.* 2. Quin etiam mulier, quæ juravit se alicui nupturam, monenda potius est, quam cogenda, ut nubat, si nubere renuat, *Cap.* 17. *D. t. de Sponsal.* Et tamen in *cap.* 10. *ejusd. tit.* qui juravit se mulierem esse ducturum, compellitur uxorem recipere, *&* maritali affectione tractare, nisi rationalis causa obstiterit. Quæ limitatio vel est addenda *d. cap.* 17. vel ego ista conciliare non possum. Rationabiles causæ quænam erunt? Arbitrariæ? Magis est ut sint ejus generis, quales habentur in *cap* 25. *De Jurejur.* fornicatio subsequens, lepra, paralysis, oculorum aut nasi ademptio, vel turpius aliquid. In non juratis igitur sponsalibus, dicendum videtur, jure canonico, non cogi sponsos, aut alterum ex illis, ad fidem implendam; sed repudium in patientia tolerandum. *d. cap.* 2. *& c.* 17. Quando igitur tanta facilitate sponsalia de futuro in irritum cedunt, non est mirum, si quis alienam de futuro sponsam, sibi verbis præsentibus desponsaverit, hisce de

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

de præsenti sponsalibus, priora de futuro rescindi. *c.* 22. & *c.* 31. *d. tit.* Cæterum, si ad verba futuri temporis accesserit coitus præsens, hoc ipso sponsalia de futuro transeunt in nuptias consummatas, nec amplius resolvi possunt. *c.* 15. *c.* 30. *Cap. ult. X. eod. tit.* (1)

4. (d) Sponsalia, quæ de præsenti vocantur, esse ipsum matrimonium, habetur in *c.* 25. *d. tit.* & vidimus *ad tit. de Sponsal.* nec ideo mutuo consensu dissolvuntur, *c.* 31. *eod.* nec adeo ob alias causas quam propter quas matrimonium rescindere licet, de quibus *inferius*, dissolvi possunt. Adeo, ut si quis post sponsalia de præsenti cum una contracta, dein aliam sibi despondeat, etsi posteriora concubitu adimpleta fuerint, priora tamen præferenda sint. *c. licet.* 3. *X. De sponsa duorum.* Wissenbach *ad. h. tit. th.* 5. ubi plures *citati.* Priusquam ad divortia progrediamur, pauca de usu eorum, quæ diximus, addenda, vel cum *supra* dictis conferenda. Satis prolixe *ad tit. de Sponsal. n.* 10. & *precedenti* in hoc fuimus, ut probaremus differentiam terminationis futuri vel præsentis temporis in sponsalibus contrahendis, non posse tantum differentiæ momentum inferre, quantum ei Pontifices adscribunt: sed promissionem matrimonii puram, esse contractum matrimonialem, etsi quis non dixerit, Accipio, sed; do tibi fidem, quod accipiam; promitto me accepturum te in uxorem. Ideoque ita ex ratione juris & in usu nostro observandum. Qui dixit ad unam *Promitto me accepturum te in uxorem.* Et ad alteram; *Accipio te in uxorem.* Quidquid jus canonicum indulgeat, polygamus erit, ac ita punietur, ut qui duplex inierit matrimonium. *l.* 1. & *l.* 13. §. 1. & *seqq. de His, qui infam. not.* Quin si dixerit; *Do tibi fidem, quod te accipiam in uxorem*, & ad aliam, *Accipio*, etsi concubitum adjecerit, prior tamen actionem salvam ad matrimonium habebit. In omnium memoria est exemplum amanuensis amplissimi Curiæ nostræ senatoris, ad majora deinde provecti, qui cum famula ejusdem habebat sponsalia futuræ terminationis, nec enim adhuc in statu erant implendi nuptias. Juvenis deinde aliam locupletem puellam sibi desponsavit & abduxit, liberosque ex ea procreavit. Prior tamen sponsa jus suum persecuta & exsecuta, virum per sententiam Curiæ coegit, posteriorem uxorem dimittere, & se ducere in uxorem, quo facto posterior alii deinde Viro nupsit. (2)

5. Quin valde dubito, an nostri sponsalia inita ab iis, qui jus statim implendi habent, etsi dilata in tempus incerti eventus, a contractu matrimoniali distinguerent. Dixerit aliquis ita; *do fidem, promitto me in uxorem te esse ducturum, ubi Doctor, ubi Pastor alicujus Ecclesiæ, ubi ex India redux factus ero.* Si interea duxerit aliam, videntur in ea sententia esse vulgo, polygamiæ reum esse, & a prioribus nuptiis cum alia celebrandis intercedi posse, neque desunt exempla pastorum ob ejusmodi commissa suis locis motorum. An tamen ex ratione juris statuendum sit, ejusmodi sponsalia per alia pura non tolli, ex iis, quæ *supra* de *sponsalibus* disputata sunt, haud immerito ambigitur. Probavimus enim, in ejusmodi exemplis sponsalia vere esse *futurarum nuptiarum*, hoc est, futuri contractus matrimonialis, qui deinceps adhuc sequi potest. Tu dices, obligatio in diem statim nascitur, imo etsi dies incertus ac ita conditionalis sit, tamen qui in diem vel sub conditione promisit, quamdiu conditio non defecit, retractare non potest, cum etiam spes obligationis ad hæredes transeat, modo natura negotii sic ferat. §.

Con-

(d) *Pos.* 4.

(1) *De jure canonico sponsos cogi posse ut fidem adimpleant, nec minus dissensu sponsalia dissolvi, evincit* Cap. 10. ij de spons. & matrim. *Nec obstat* Cap. 17. ij eod. *Dum enim illic Pontifex ait:* monenda est potius quam cogenda: *his verbis non excludit* coactionem secundum quid talem, *ut ita loquar, sed* absolutam dumtaxat coactionem *excludit, sive docet, mulierem reluctantem ad altare non esse rapiendam, neque ipsa invita benedictionem sacerdotalem esse peragendam. Sed non excludit coactionem talem, quæ remedia coactiva adhibentur ut in matrimonium consentiat. Hunc esse sensum, patet exinde, quod in cap. cit. quæstio tantum mota fuerit de* modo cogendi Cap. 2. ij de spons. & matrim *eodem sensu exponi potest. Quod si quis post sponsalia de futuro cum una, aliam verbis de præsenti desponsasset, utique secundæ adhærere debebat, non quia tam facile a sponsalibus de futuro recedere licebat, sed quia cum secunda verum contractum erat matrimonium.*

(2) *Notavi quoque ad eundem* tit: de Sponsal. n. 7. & 10. *hanc sententiam Auctoris esse erroneam, unde cum ex erroneo hoc principio varias hic deducat consequentias, mirum non est & has erroneas esse. Nec Video quid Auctor præsidii quærat* in l. 1. l. 13. §. 1. & seqq. de his qui not. infam. *cum* l. 13. §. 3. *clare distinguat inter sponsam & nuptam, dum ait:* si alteri sponsa, alteri nupta sit &c. *adeoque hic ipse textus distinguit sponsalia a nuptiis. Polygamus proinde non est qui cum una sponsalia, cum alia nuptias iniit. Quod attinet exemplum rei judicatæ, si in isto loco nullæ solennitates ad valorem matrimonii requiruntur, non dubitem quin cum secunda fuerit verum matrimonium, adeoque male coactus fuit secundam dimittere, et priori nubere, eo magis, quod nullo sensu possit dici fuisse cum priori matrimonium, cum fuerint sponsalia futuræ terminationis, tunc dum sponsi in statu non erant implendi nuptias.*

Conditiones 6. *Inst. de Verb. obl. l.* 57. *de V. O.* Respondetur, id esse verum de actione in id quod interest, ad quod tenetur qui non stat promissis, *l.* 72. *pr. de V. O.* quod etiam de sponsalibus ejus generis verum sit. Quin etsi fiat obnoxius pœnis aut mulctis, qui bina sponsalia contraxerit, etsi altera sint conditionalia, non facit tamen ejusmodi promissio matrimonium. Proinde si interea matrimonium pure contrahatur, maxime si impleatur, hoc omnino consistere debet; de altero agatur in id quod interest, aut ad pœnam, vel censuram. Quod si conditio, vel tempus incerti eventus extiterit, jam promissio purificata est; si defecerit conditio, nulla est promissio; ut & si promittens non habeat jus se obligandi; etsi post conditionem existentem habiturus sit jus: veluti, cum filiusfam. nuptias promiserit, si quando *pater mortuus fuerit*; vivo patre nulla est promissio, & aliam conditionem eligere potest. §. *pen. I. de Nupt.* Eo mortuo, conditione jam impleta, promissio pura fit, teneturque promittens ad fidem præstandam. *arg. d.* §. 6. *I. de Verb. Obl.* Jus idem se obligandi, negatum intellige etiam personis per ætatem matrimonii incapacibus, quibus repudium sine dubio liberum, vel potius supervacuum est.

6. Igitur de pura promissione non videtur esse dubitandum, quin non tantum obligatio inde præsens, etsi verba futurum tempus induerint, producatur, sed etiam contractus matrimonialis in se consistat & perficiatur. Nonne Pontifices ipsi ita agnoscunt? Innocentius III. Brixiensi Episcopo: *Postulasti, utrum ex solis verbis, & ex quibus matrimonium contrahatur. Nos igitur inquisitioni tuæ taliter respondemus, quod matrimonium in veritate contrahitur, per legitimum viri & mulieris consensum*: SED NECESSARIA SUNT, QUANTUM AD ECCLESIAM, VERBA CONSENSUM EXPRIMENTIA DE PRÆSENTI. *c.* 25. *De sponsal. & matrim.* Videtur matrimonium statuere in consensu puro; sed jure positivo ecclesiæ distinctionem præsentis & futuri temporis introductam esse; cum revera jus quæsitum ex promissione, sine conditione, vel tempore incerti eventus facta, licet in futurum concepta, stipulatori non possit auferri. Quare nec ab ejusmodi sponsalibus, altero invito, recedere licet, *c.* 31. *X. De sponsal.* nec quidem mutuo consensu, ut ex eodem *textu &c.* 1. *X. de Sponsa duorum*, probatur evidenter. Vide Wissenb. *ad h. t. th.* 4. ac ita jus dicitur, ut exposuimus ad *tit. De Jurejur. num.* 8. *Part. II. pag.* 380. Nec adeo pœnitentiæ locus est: (3) Nec si maxime petat actor vel actrix, qui quæve de facto probat, matrimonium esse contractum, impetrare potest, ut contra matrimonium judicetur. Hac de re tamen hujusmodi exemplum referam. Caja convenerat Titium de matrimonio, quod contractum adseverabat: Titius a fide servanda alienus, peregre se contulerat neque respondebat, ideoque per contumaciam erat condemnandus. Caja videns, si condemnationem impetraret, se fore impeditam ab aliis nuptiis, nec hoc marito potituram, non urgebat litem, eaque per aliquot annos jacuerat. Deinde ab alio conditionem optatam habere poterat: quam ut amplecti liceret, causa priore cadere cupiebat. Quamdiu enim lis illa pendebat, proxima erat in potentia matrimonii adquirendi, simulque perpetui impedimenti ab aliis conditionibus; petebat igitur a Curia, ut non obstante rei contumacia, ipsius petitio per definitivam rejiceretur. Dubitatum fuit, an concedi posset, quia videbatur esse renunciatio matrimonii illicita. Impetravit tamen, *primo*, quia adsertum quidem, non tamen probatum erat matrimonium, & absque interlocutione probandi causa, talia non definiuntur. Cum igitur mulier nihil probaret, rejici poterat. *Secundo*, quia satis apparebat, virum illam deseruisse, cum animo nunquam ducendi; cujusmodi malitiosa desertio ipsi matrimonio rumpendo sufficiebat. (4) Denique, favor matri-

(3) *Frustra adduxit Auctor hos textus ad probationem suæ sententiæ: dum enim Pontifex in* c. 25. X. de Sponsal. *ait: matrimonium contrahi per* legitimum viri & mulieris consensum, *non docet quemvis consensum facere matrimonium, sed consensum matrimonialem duntaxat, qualis non est consensus de matrimonio postea contrahendo, cum ipse Pontifex consensum de præsenti requirat. Nec exinde, quod dicat,* necessaria sunt, quantum ad Ecclesiam, verba consensum exprimentia de præsenti, *deduci potest, distinctionem præsentis & futuri temporis jure positivo ecclesiæ introductam esse, cum Pontifex hoc velit,* consensum internum de præsenti *esse animam & causam essentialem contractus, sed hunc consensum, signo externo esse declarandum, quod ipsum utique in natura rei fundatur. In* cap. 31. X. de sponsal. *non docet a proprie dictis sponsalibus consensu mutuo recedere non licere, sed sponsalia de præsenti, sive ipsum matrimonium, sic dissolvi non posse ex eo recte colliges.* Quod attinet c. 1. X. de sponsa duor. *aperte illic distinguitur consensus de futuro, a consensu de præsenti: priorem enim fi*dem pactionis *vocat, quando sponsus sponsæ promittit,* quod eam ducet; *posteriorem vero fidem* consensus *nominat, quan*do corde & ore consentit ducere, & mutuo se concedunt unus alii, & mutuo se suscipiunt.

(4) *Notetur hic obiter, secundam rationem ab Auctore allegatam, certe non valere. Sed quæstio de malitiosa desertione occurret sub* h. t. n. 13.

trimonii, & ne mulier apta proli creandæ in irritum implicaretur, non levis ratio accedebat: ad libellum supplicem *Lolliæ Harkes d.* 28. *Aprilis* 1680.

7. Cæterum, an ex ratione juris gentium & divini, sponsalia pura, id est contractus nuptialis, ne partis quidem utriusque consensu sint revocabilia, mihi, ut ingenue dicam, non admodum liquet. Jus ita dici intelleximus, & recte quasi ex jure christiano; vel ideo, quod Reipubl. nihil in universum magis intersit, quam ut matrimonia frequententur, nec contracta revocentur. *l.* 2. *de Jur. Dot.* Sed ratio, quæ ex legibus Christianis hoc jus invexit, est, quod vir & uxor in unam carnem eademque in ossa redigantur, quod non modo ad animum, sed etiam ad corporum conjunctionem spectare, manifestum est. Quid aliud efficiat, ne regulæ naturales; *unumquodque solvitur eo modo, quo colligatum est, & quæ consensu fiunt, ea contrario consensu resolvi*, in nuptiis obtineant, nihil profertur, nisi hæc regula & doctrina: *matrimonium non facit coitus, sed consensus*. At hæc regula dictat, obligationem fidei conjugalis & vinculum matrimonii, esse contractum & perfectum solo consensu; verum quominus obligatio consensualis, utriusque diverso consensu retractetur, illa regula efficere non potest. Unitas personarum, carnis & ossium, quæ rescissionem non admittit, sola voluntate animorum non conficitur. Ideoque ab illa sola ratio irrevocabilitatis absolute non proficiscitur, sed hæc venit a conjunctione corporum, ut docet Apost. 1. *Cor.*7. Qua non interposita, mutatio voluntatis ab utraque parte commissa, videtur esse innoxia, quemadmodum si privatim fiat, ut sæpe accidit, pro crimine non solet haberi, sed & conniventia toleratur. Quod tamen non fieret, si post promulgationem & benedictionem ecclesiasticam, non secuto concubitu, retractatio fieret; nec enim vigor publicæ disciplinæ tam manifestam rei sanctæ temerationem, silentio ullo modo transmittere posset. (5)

DE DIVORTIIS.

VIII. Origo Divortiorum, & causæ, propter quas bona gratia fiebant; IX. De jure patriæ potestatis in divortiis. X. Causæ divortii communes utrique conjugi. XI. Propriæ contra uxorem & maritum. XII. Quid Jure Evangelico, & Canonico. XIII. An malitiosa desertio; ut ab Apostolo traditur, recipiat, & quam extensionem. XIV. Utrique conjugi par esse jus in his divortii causis. XV. Adulterium videri ipso jure abolere matrimonium. XVI. An parti noxiæ licitæ sint novæ nuptiæ. XVII. A divortii causis distincta Nullitas, ejusque speciem esse impotentiam. XVIII. Corrupta pro virgine ducta, quid juris. XIX. De Separatione mensæ & thori. XX. De morte, & ignoratione mortis.

8. (e) SEd transeamus ad *Divortia*; quorum jus aliud vetus, Romanumque aliud fuit recentius, Divinum, & moribus hodiernis approbatum. Apud priscos Romanos plus quingentis annis nullum divortii exemplum fuit, quod primum edidit Sp. Carvilius, religionis causa; quod apud censores jurare coactus fuerat, uxorem se liberorum quærendorum causa habiturum; ea vero quam habebat, ipsi dilectissima, corporis vitio liberos non pariebat, ut refert Gellius *lib.* 4. *c.* 3. Ab eo tempore paulatim ita invaluit hoc institutum, ut divortiis nihil frequentius fuerit, quemadmodum certe hæc necessitas indivisibilis societatis, ut sunt mores hominium, multis durior accidit, quando nulla societatis in perpetuum coitio, *l.* 70. *Pro Soc.* quæ moribus etiam bonis, ut discordiarum fomes, adversa creditur, *l.* 77. §. 20. *de Legat.* 2. cujus veritatis experientia, ne quidem in societate nu-

(e) *Pos.* 5. & 6.

(5) *Quod irrevocabilitas matrimonii a conjunctione corporum proficiscatur, erroneum est, non enim solum facto, sed præcipue mutuo corporum jure & potestate conjuges fiunt una caro, quæ unitas, proinde & irrevocabilitas, quam Auctor naturæ æternam voluit huic contractui, absque conjunctione corporum est. Contrarium non docet Apostolus 1. ad Corint. cap. 7. nec etiam 1. ad Corint. cap. 6. v. 16. ubi tradit: eum, qui commiscetur meretrici, cum ea unam carnem fieri. At in hoc præcellit unio conjugum, quod ex Dei institutione conjuges una caro efficiantur mutuo corporum potestate & jure, quod non coitus sed consensus efficit. Miror sane mutationem voluntatis ante benedictionem ecclesiasticam ab utraque parte commissam Auctori videri innoxiam, non autem post eam, cum ipsemet docuerit P.1.pag. 24. eam in Frisia nihil ad matrimonium facere.*

nuptiali deficit: Causæ divortii bifariam distinguuntur, quod alii cum *bona gratia discedunt*, *plerique cum ira sui animi & offensa*, *l.* 32. §. 10. *de Donat. int. vir. & ux.* Causæ, propter quas bona cum gratia solvitur matrimonium, recensentur in *l.* 60. *in fin.* cum *seqq. eod. tit.* Sacerdotium, sterilitas, valetudo, militia, senectus; quando propter illas judicabant matrimonium haberi non posse, ideoque *bona gratia* matrimonium dissolvebatur. *l.* 62. *in pr.* Tametsi non semper has causas bonam gratiam habuisse, verisimillimum est, cum sæpe vetulæ tædio sui dimitterentur, quemadmodum Juvenalis *Satyr.* 6. de tali divortio:

Collige sarcinulas, infit libertus, & EXI.
Jam gravis es nobis & sæpe emungeris, EXI.
Ocyus & propera: sicco venit altera naso.

Quin & mulier eadem libertate causam repudii præstare poterat. *l.* 6. *h. t.* Nec deerant potentium dominarum servi & liberti, maritos impares, cum uxoribus essent tædio, insectari, nihilo quam vetulas moderatius, *τὸ φρόνημα τῆς γυναικὸς, τὴν δουλοπρέπειαν τοῦ ἀνδρὸς, οἰκετῶν ὀνείδη! ὁ πένης ῥακκοδύτης, ὁ ἄτιμος ἐξ ἀτίμων. Τί γὰρ ἦλθεν ἔχων; οὐ πάντα τῆς κυρίας;* *Superbiam mulieris, servile mariti obsequium!* Tandem *convitia domesticorum! Egens*, ajunt, *ille, pannis obsitus*, olim, *inhonestus inhonestorum; quid habuit cum veniret? Nonne cuncta sunt dominæ?* Chrysostom. *homil.* 75. *in Matth.*

9. Quin etiam, si bene conveniret, patres habebant olim jus filias a maritis revocandi, & divortium jure patriæ potestatis imperandi, ut probavimus in *part.* 2. *Digress. lib.* 1. *c.* 18. Dein Marcus *Imper.* statuit, non esse permittendum patribus, ut *bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur*, *l.* 1. §. *ult. de Liber. exhib. Nisi magna & justa causa interveniente, hoc pater fecerit*, *l.* 5. *C. de Repud.* ubi Marcus novi juris auctor laudatur. Proinde si filia metu, reverentia, nimiove mariti amore, nullo pacto se a viri omnibus flagitiis cooperti consuetudine divelli patiatur; pater hodieque sine voluntate filiæ nuptias dissolvere, eamque domum abducere potest, jure, inquam, Codicis; etiam jure novissimo, si causæ divortii sint legibus probatæ, de quibus porro videamus.

10. (f) Jure novissimo Justiniani, causæ divortii probatæ, sunt vel communes utrique conjugi, vel propriæ singulis. Communes sunt quatuor; Prima Adulterium. *l.* 8. §. 2. & 3. *C. h. t.*

S C H O L I U M.

Sed adulterii mentionem non facit Imp. in N. 117. c. 9. respectu viri. Et qui facere potuisset, cum de jure civili vir non committat adulterium?

R E S P O N S I O.

Quid hoc novi, vir non committit adulterium, qui utique adulter? Ipse textus, quo respicit Thomasius, docet contrarium. Adulterium in Nupta committitur, l. 6. §. 1. ad L. Jul. de adulr. *a quo, nisi a viro? An quia virum habens cum soluta, non committit adulterium; secus ac nupta cum cælibe, an ideo vir alienam matremfam. corrumpens, non fit particeps communis delicti appellationis? Cur ergo*, ait, *omittitur adulterium inter causas divortii a viro faciendi* in d. N. 117. c. 9.? *Quia satis eo contineri videbatur, quod diverti ab eo licet, si alias mulieres, invita uxore, domi habeat*, d. c. 9. *idque propter adulterii suspicionem. Quanto magis ob ipsum adulterii crimen?*

N. A D D I T.

Sic ex una lite fiunt duæ. Una, de quæstione, an ex mente Justiniani adulterium a marito commissum, sit causa, ob quam uxor ab eo divertere possit? Altera, an maritus possit committere adulterium? Priorem quod attinet, eam adhuc nego, quia Justinianus recensens causas justas, ob quas mulier divertat a marito, adulterium mariti omisit. Nec juvat Auctorem, quasi adulterium mariti comprehendatur sub causa, si alias mulieres invita uxore domi habeat d. cap. 9. *Id enim plane a Justiniani intentione alienum esse, patet, si quis modo verba Justiniani attente consideraverit. Ait Imperator;* si quis in ea domo, in qua cum sua conjuge commanet, contemnens eam, cum aliis inveniatur in ea domo manens; aut in eadem civitate degens, in alia domo cum alia muliere frequenter manere convincitur, & semel, & secundo culpatus, aut per suos parentes, aut per mulieres, aut per alias aliquas fide dignas personas, hujusmodi luxuria non abstinuerit: licere mulieri pro hac causa solvere matrimonium. *Jam vide Lector, an hæc causa inserta sit ab Imperatore, ut mulier secedat a marito, solum, ut Auctor dicit, propter adulterii suspicionem, quanto magis ob ipsum adulterium. Nam primo inconveniens est, causæ hujus rationem in suspicione adulterii quærere, cum pellices, de quibus agit* d. §. 5. c. 9. *etsi non semper,*

(f) *Pos.* 7. & 8.

per, tamen plerumque sint personæ solutæ, cum quibus maritum non committere adulterium, concedit. Deinde expresse patet; quod Justinianus hic non respiciat ad ipsum actum concubitus, qui alias adulterium facit, vel ejus suspicionem, sed ad consuetudinem conversationis, & , ne uxor cogatur pellicem in una domo vel civitate ferre. Ergo si maritus cum mille aliis extra urbem, ubi domicilium habet, concumbat, imo etiam in ipsa urbe, modo non eam feminam frequentet, vel cæcus palpabit, adversus talem non posse allegari ab uxore istam Justiniani Novellam. Ad secundam quæstionem. Hic mallem, ut Auctor ab admirabunda illa quæstione abstinuisset: Quid hoc novi, vir non committit adulterium? *Nam idem quod ego, ipse Autor alibi. Vide & Prelectiones & Positiones* ad Inst. de publ. judic. *ubi Auctor docet, adulterium esse corruptionem uxoris alienæ, maritum vero, etsi rem cum virgine vel vidua habeat, non committere adulterium, sed stuprum & ita etiam polygamiam ex principiis juris civilis non posse considerari ut adulterium. Sed tamen, urget Auctor, maritus cum aliena uxore se conjungens adulter est. Quis hoc negaret? Sed quid hoc ad præsentem quæstionem, est tum adulter intuitu mariti illius uxoris, quam violavit, qui potest item etiam habet, eum accusandi de adulterio. Non est adulter intuitu propriæ uxoris, quæ non habet jus thori, quæ adeo non potest accusare maritum de adulterio. At de adulterio mariti intuitu uxoris propriæ sermo est, quod adeo semper debet subintelligi, etiam si non exprimatur. Non tamen intercedo, quominus hæc verba inserantur ad finem Scholii ad præcludendas in posterum ejusmodi cavillationes. Habes autem simul jam rationem, cur Justinianus ex hypothesi juris Romani non potuerit uxori concedere divortium, ob concubitum mariti simplicem, etiam cum alia uxore, quia scilicet uxor non habens jus thori, non potest etiam conqueri de thoro violato, & illata sibi injuria.*

Secunda communis causa est: crimen perduellionis, aut ejus reticentia. Tertia; insidiæ alterius vitæ structæ *d. N.* 117. *c.* 8. & 9. Quarta communis causa est: consensus partium, quem ut divortii causam improbaverat Justinianus in *Nov.* 117. *c.* 10. Sed nepos ejus Justinus II, eam causam reduxit in *N.* 140. *c.* 1. ubi: *Θεσπίζομεν ἐξεῖναι κατὰ τὰ παλαιὰ τὰς ἐκ συναινέσεως διαλύσεις ἐπὶ τῶν γάμων ποιεῖσθαι: Sancimus, antiquo more, divortia per mutuum consensum facere licere*, addita ratione, quia nuptiæ fiunt ἀμοιβαδὸν, *consensu mutuo*; proinde easdem *εἰκότως ἐναντία γνώμῃ κατὰ συναίνεσιν διαλύει*, *Contraria sententia per consensum merito illas dissolvit.* Thomasius monet, addendam fuisse quintam communem causam, quæ est mors. *Scholio ad posit.* 9. *h. t. lit. f.* Sed agimus de divortio, non de modis finiendi matrimonium. Mors autem non est, opinor, causa divortii.

N. ADDIT.

Ita opinor & ego, & omnes, qui non gerunt cerebrum in calcaneo. Stipes fuissem & supinissime negligens, si dixerim mortem addendam esse causis divortii communibus. Ubi ergo hoc dixi? In scholio ad posit. 9. lit. f. *Tu vide lector & judica. Positio* 9. Moribus hodiernis sequimur jus divinum novi fœderis, quo duæ tantum causæ cognoscuntur, adulterium, item malitiosa desertio, quæ fit cum animo non revertendi, per quas vinculum quoque ipsum conjugii dissolvitur, ut e textibus liquet, etsi aliter jure canonico. *Hic ad verba*, duæ tantum causæ, *adjeceram illud Scholium.* Intelligendum hoc est de divortio, ut quod fit inter conjuges viventes. Nam quod morte solvatur conjugium, non est dubium. (*Vides hic me ipsam mortem a divortio separare. Quomodo ergo possem uno quasi halitu mortem velle addi causis divortii communibus? Ideo vero hoc monitum adjeci, quia in fine positionis mentio fit dissolutionis ipsius vinculi, & communiter tres causæ a Theologis nostris & JCtis afferuntur, quibus vinculum conjugii solvatur, mors, adulterium, & malitiosa desertio, ne videatur Auctor, duas saltem causas recensens, aliquid novi tradere voluisse.*) Unde huc (*id est ad mores hodiernos & modos divertendi receptos*) quoque spectabit causa octava ex posit. 9. non mulieri tantum propria, sed & viro competens. (*Erat vero ibi causa octava: si uxor absentem maritum non temere audiverit esse mortuum.*) *Ex his ultimis verbis Auctor exsculpere vult, quasi jusserim mortem tanquam novam causam addendum esse causis divortii marito & uxori communibus. Quanta supinitas! Ne quid gravius dicam.*

11. PROPRIÆ causæ quas vir habet adversus uxorem, sunt etiam quatuor. I Si cum viris aliis, invito eo, convivata sit. II. Aut cum illis laverit. III. Si foris pernoctaverit alibi, quam apud parentes. IV. Si ludos circenses aut theatrales, sine viri consensu, spe-

ctaverit. *d. Nov.* 117. *c.* 8. Contra virum mulieri proditæ sunt totidem causæ. I. Quando vir uxorem prostituit, vel ejus castimoniæ insidiatur. II. uxorem temere adulterii accusaverit. III. Si maritus domum suam, invita uxore, ducat habeatque mulierem, aliasve mulieres. IV. Si foris, at in eadem civitate, crebro aliam mulierem visit, & neque monitus desistat. Hoc enim uxori intolerandum. *d. Nov.* 117. *c.* 9. Alias divortii causas inter conjuges ne quidem pacto in anteceffum constitui posse, docet eadem *lex* 8. §. *ult. C. h. t.* Si ex his causis divortium factum fuerit, vir quidem statim, mulier post annum, propter incertum uteri, ad alia vota transire potest. *d. l.* 8. §. 4. *in fin.* Non est igitur, quod quis hasce causas putet esse *separationis* mensæ atque thori potius, quam vinculi conjugalis, etsi nos illud equidem mallemus.

12. (g) Unde enim hæc deformis a jure divino, quo duæ tantum divortii causæ sunt proditæ, christianis Imperatoribus discrepantia? Merito equidem hæc licentia pontificibus displicuit, qui tamen nec ipsi τὸ ὀρθὸν usquequaque tenuerunt, in defectu peccantes; dum negant ullas dari causas, quibus ipsum matrimonium, seu vinculum conjugale solvatur, nisi propter quas ab initio nullum fuisse judicatur, qualis est frigiditas & impotentiæ antenuptialis causa. *c.* 1. *& tot. t. X. de Frigid. & malefic.* Sed vinculum conjugii nec ob adulterium quidem resciodi, statuunt *cap.* 3. *Cauf.* 32. *Qu.* 5. *Cap.* 2 *dict. cauf. Qu.* 7. ubi sic habetur: *Licite dimittitur conjux ob causam fornicationis, sed manet vinculum prioris. Propter quod fit reus adulterii, qui dimissam duxerit*, ETIAM *ob causam fornicationis.* Diserte contra quam Christus Dominus, qui reum adulterii facit eum, qui dimissam duxerit uxorem, Ἐκτὸς λόγου πορνείας, *extra rationem, sive excepta causa fornicationis, Matth.* 5. *v.* 32. *Item* εἰ μὴ ἐπὶ πορνείᾳ, *nisi ob scortationem, Matth.* 19. *v.* 9. Pontificios quidem Theologi nostri abunde refutarunt, nominatim Spanhemius *dub. Evang.* 159. (6) Sed alii existimant, Christum Dominum illis verbis non exclusisse omnes præter adulterium causas, sed exempli causa adulterium posuisse, non exclusius aliis similibus, quos inter Bucerus *lib. de regno Christ. cap.* 36. & ex JCtis novissime D. Bokelman. *disput. Inaug. medic.* 4. *ax.* 3. & alienis licet verbis, Struvius *Exercit.* 30. *th.* 41. Christum agere censens de privatis divortiis, non de publicis, in quibus a juris civilis laxitate non putat abhorrendum. Sed tutior & verior est communis sententia, Christum in his verbis: *Quisquis uxorem dimiserit, extra rationem scortationis, facit eam mœchari*, satis valide præjudicasse magistratibus & exclusisse causas omnes, ut alia non sit admittenda, nisi ex auctoritate divina; qualem habemus pro malitiosa desertione, de qua Paulus 1. *ad Corinth.* 7. *v.* 12. *& seqq. Ego*, inquit, *non Dominus*; de quo conflictu vide Spanhemium *dub. Evang.* 147. *sub fin.* & Wissenb. *h. tit. th.* 13. Loquitur de infideli conjuge fidelem deserente; sed ratio ad omnes pertinet, οὐ δεδούλωται ὁ ἀδελφὸς ἢ ἡ ἀδελφὴ ἐν τοῖς τοιούτοις. *In similibus frater aut soror non sunt obnoxii servituti*, v. 15. Atque hæc extensio ab infidelibus ad quoslibet, suos conjuges malitiose, id est cum animo nunquam redeundi vel se conjungendi, deserentes, * ubique in Protestantium Ecclesiis recepta est, teste Carpzovio *Jurispr. Consistor. lib.* 3. *tit.* 5. *def.* 86. *num.* 15. (7)

(g) *Pos.* 9.

13. Ait

(6) *Extant de hac controversia integri libri, nec nostrum est diutius immorari refutationi sententiæ theologorum Acatholicorum. Sufficiat notasse, Pontificiorum sententiam satis perspicue fundari in verbis Christi Domini*, Marc. 10. v. 11. & 12. Luc. 16. v. 18. *Item* Matth. cap. 5. v. 32. & cap. 19. v. 9. *apud quem verba*: nisi ob fornicationem, *referenda non sunt ad id quod sequitur*, & aliam duxerit, *sed tantum ad id quod præcessit, scilicet ad dimissionem. Eodem modo in cap.* 5. v. 32. *verba*: excepta fornicationis causa, *ad dimissionem tantum sunt referenda, non ad id quod sequitur*, & qui dimissam duxerit adulterat; *alias enim sequeretur, quod conditio illius, quæ juste esset dimissa, melior foret, quam ejus quæ injuste esset dimissa, illa enim ab alio viro duci posset, hæc non posset, quod videtur incongruum.*

(7) *Miror a Protestantibus adeo perverti posse Apostoli sensum: Primo enim* 1. ad Corinth. cap. 7. v. 10. & 11. *generalem hanc regulam ponit*, uxorem a viro non discedere: quod si discesserit, manere innuptam, aut viro suo reconciliari, & vir uxorem non dimittat. *Deinde in* v. 15. *ab hac regula excipit unicum casum, nempe de matrimonio cum infideli, qui vult discedere a fideli. Dicitque* in hujusmodi *fidelem non esse ligatum. Sane si hoc privilegium, in gratiam fidei indultum, in omni discessione locum haberet, generaliter, de omni discedente, non speciatim de infideli, loquutus fuisset Apostolus.*

* De edictali citatione conjugum deserentium, dictum fuit *supra P. II. p.* 83. add. Finckelth. *Obs.* 111. *n.* 11. *&* Carpz. *P.* 4. *C.* 81. 18. Non licet autem parti desertæ novum contrahere matrimonium, antequam per sententiam judicis declaratoriam, prius conjugium fuerit dissolutum. Carpz. *Jur. Cons. l.* 2. *d.* 67. *sq.* post quam si desertor vel desertrix in territorio Saxonico deprehendatur, fustigatur & perpetuo relegatur, nisi pars læsa matrimonium redintegrare velit, tunc enim, in honorem matrimonii, pœna fustigationis in pœnam carceris commutatur. *Ord. Matrim. d. an.* 1614. *punct.* 2. *pr.*

13. Ait Apostolus, Εἰ δὲ ὁ ἄπιστος χωρίζεται, χωριζέσθω, *si infidelis separat se, separator.* An separatio præcise tantum respectu habitationis, an vero etiam ratione τῆς συνουσίας, conjunctionis corporum intelligi possit, acerrime disceptatum est Heidelbergæ in exitu anni 1657. & circiter; quo tempore ibi cum agerem, Princeps Elector *Carolus Ludovicus* divortium ex hac causa ab uxore moliebatur; eoque, licet indirecte, pertinebant theses Bokelmannianæ, tum primum januam gratiæ sibi patefacientis. Satis enim constat, Electorem ita contendisse, diu & contumaciter negatam sibi fuisse a conjuge debiti conjugalis copiam, eamque sibi causam fuisse aliam uxorio adfectu tituloque adsciscendi. Si constitisset de diuturnitate temporis, maligno animo, contumacia invincibili, (hæc enim negabantur a parte Electricis. Ille veri, ut ferebant, testandi causa, sacram synaxin in templo majore solenniter celebraverat) jus non usque adeo a finibus veri abhorrere videtur. Major enim est perversio conjugii & malitia, separare quod solum facit unitatem carnis & ossium, in qua vis matrimonii consistit, quam si domibus separentur, & difficile dictu est, cur Apostoli dictatum, Εἰ χωρίζεται, χωριζέσθω. οὐ δεδούλωται ἀδελφὸς ἢ ἀδελφὴ ἐν τοῖς τοιούτοις. *Qui se subducit, subducat se, non est addictus servituti in talibus frater aut soror,* huc applicari nequeat. Non defuere & *alias,* qui occurrente notabili exemplo, quo puella Sponso juncta, cum pertinacissime inde ab initio corporis copiam viro, & quidem ejus, ut testabatur, odio, negaret, si in longum durasset, divortium peti posse judicarent, & forte petitum fuisset, ni mors prævenisset. His diebus in hac civitate par agit hominum, post prævia sponsalia comprobata, per sententiam Curiæ coagmentatum, e quibus vir nec ad lectum, nec ad mensam, nec ad ullam partem consuetudinis mulierem admittit, nec unquam se admissurum dejerat, etsi cohabitationem metu judicis tolerat. Si in hac malitia diu satis perseveret, in tecto parietibusque non videtur esse matrimonium. Sed ejusmodi hominem malitiosæ desertionis reum existimarem: ut tamen id ipsum aliorum judicio prudentiæque libenter submiserim.

14. (h) Porro in his divortii causis, utrique conjugum par est jus & facultas; tam uxor quam vir, divortium petere possunt, etiam jure civili *d. l. 8. §. 2. & 3. C. h. t. & Nov. 117. c. 9.* Apostolus idem graviter docet, cum utrumque negat τοῦ ἰδίου σώματος ἐξουσιάζειν, *proprii corporis habere potestatem, sed alterum esse in alterius potestate, 1. Corinth. Epist. c. 7. v. 4.* de quo ratio vult, etsi vir cum soluta rem habens, non fit adulter jure civili, ad divortium tamen hoc æque sufficere, quam si mulier cœlibi se committat; imo etsi cum meretrice rem quis habuerit, uxori ad divortium hoc sufficit, quia ex Apostoli ratione, rumpit vinculum matrimonii, unitatem faciendo cum alia. Etsi jure civili hactenus sit dispar a viro uxoris conditio, tantum in hoc, quod uxor virum publico adulterii judicio reum peragere non potest. *l. 1. C. ad L. Jul. de adult.* Thomasius *ad posit.* 10. idcirco id ita placuisse putat, quia vir non committat adulterium; sed hoc abunde refutatum est. Fuerit hæc in parte, quod ad usum publicæ accusationis, inquam, inter virum & uxorem differentia: cum etiam in ipso crimine sit evidens discrimen, quatenus vir gravius multo, quam uxor, adulterio læditur; primo interpretatione contumeliæ, qua viri ludibrio extremo per uxorum impudicitiam, mulieres e virorum stupris miseratione magis excipiuntur; dein suppositione partus, quam faciunt adulteræ, ut maritus alienæ prolis habeatur pater. Non opus igitur, ut ex fictitia Thomasii ratione, discriminis hujus momentum repetamus.

N. ADDIT.

Meam vero rationem nequaquam esse fictitiam, sufficienter docuit nova additio modo ad initium n. 10. adjecta.

Plura in hanc rem, aliaque habet D. Wissenbach. *ad hunc tit. th.* 11. Idem multis prosequitur hanc positionem, *quod maritus non cogitur uxorem adulteram, licet maxime resipuerit, in thorum recipere, quia pœnitentia non abolet hoc delictum. l. 43. §. 4. de Rit. Nupt.* quod proinde respectu uxoris, si vir adulterii convictus gratiam redintegrare velit, statuendum vult eadem ratio. Verum quod is, qui deprehensam in adulterio uxorem retinuit, adulterumque dimisit, lenocinii reus fit, & Lege Julia punitur, *l. 29. in pr. ad Jul. de Adult.* ad uxorem non extenditur. Nec etiam extra hanc causam videtur maritus prohiberi, adulteram pœnitentem recipere & penes se retinere, *Nov. 134. c. 10.* nec uxori adulteræ adhæ-

(h) *Pos.* 10.

adhærere, si malit, quam cedere, fraudi est. Imo quoties reconciliatio intervenerit, expressa vel tacita, divortio renunciatum intelligitur. Et tacita censetur reconciliatio, quando post cognitum adulterium, pars innocens debitum conjugale cum adultero adulterave communicavit, ut servatur & judicatum est apud Sandium 2. 6. 2.

15. Ex eo tamen, quod conjuges libertatem habent utendi jure suo vel non utendi, non sequitur, adulterio matrimonium ipso jure non solvi, ut vult D. Wissenbach. ad *h. tit. th.* 12. laudans Bachovium *vol.* 2. *disp.* 6. *in fin.* Dicendum potius videtur, essentiam matrimonii consistere in fide conjugii, ac unione corporum rupta, alteroque ad unionem tertii segregato, matrimonium hoc ipso, ante declarationem judicialem, rumpi; Ἔσονται οἱ δύο εἰς σάρκα μίαν, *fient ambo una caro.* Ὁ δὲ κολλώμενος τῇ πόρνῃ ἓν σῶμά ἐστιν; *Qui autem scorto se adjungit, una cum illa fit caro.* Ideoque ruptum est vinculum unitatis; quod est matrimonii; quanquam si de facto dubitetur, judicis opus est declaratione, sicut in omnibus, quæ *ipso jure* dicuntur existere, fieri, notum & necessum est. Verum si res certa & clara sit, detecta ἐνέργεια, confessione, vel re ipsa, utero, vel partu indubitata, non opus est expectare judicis declarationem. Potest confestim repudiari, nec erit polygamiæ crimen, si pars innocens aliud matrimonium contrahat, (6) etsi priusquam novas nuptias publice exequatur, judicis expediat adhibere decretum. Sic vult ratio, nec usus, opinor, abhorret, jus divortii per se existere, facto esse opus ad executionem, cum si tu neges adulterium ipso jure matrimonium solvere, polygamus foret, qui ante sententiam nova vota contraheret. Hinc etiam ad objectiones respondendum. Wissenbachius in contrarium nititur, per *l.* 8. *C. de repud. cet.* quæ dicit, *matrimonis non nisi misso repudio dissolvi*, *in pr.* Quod etiam primum Bachovii argumentum est. Sed jam diximus, quæ fiunt ipso jure, non possunt executione facti carere; si vir adulteræ non mittat repudium, retinet eam, nec ab ea liberabitur. II. Oppon. *N.* 117. *c.* 8. §. 2. *Si de adulterio maritus putaverit, posse suam uxorem convinci, oportet virum prius inscribere mulierem; aut etiam adulterum: Et si hujusmodi accusatio verax esse ostenditur, tunc repudio missa, habere virum super ante nuptias donationem &c.* Resp. Hoc ita facto opus esse, quoties crimen non est manifestum, ut fit in omnibus, quæ ipso jure fiunt, nec potest aliter. Denique, ad obtinenda lucra dotis, aliaque parti innocenti ob adulterium competentia, de quibus heic agitur, semper opus est judicio. Habet aliam rationem in *fin. th.* 2. *ejusdem Disput.* ubi de sponsa egit; si sponsalia fornicatione sponsæ ipso jure nulla essent, *in potestate foret sponsæ peccando se liberare sponsaliorum nexu, mulier adulterando se a viro, cujus satietas eam cepit, liberare posset. Quod sine evidenti absurditate dici nequit,* ait ille. Non est opus dicere, nihil in hoc esse absurdi, cum simul pœnæ se reddat obnoxiam, & ipsa sponsaliorum nuptiarumque solutio habet rationem pœnæ adversus nocentem. Sed tu nega illam consequentiam. Etenim executio nullitatis semper est in arbitrio ejus, in cujus favorem introducta est: qua si uti nolit, res manet in statu. Contractus cum solo pupillo initus, est ipso jure nullus, nec tamen ideo, qui cum eo contraxit, nullitate uti potest. *pr. I. de Auct. Tut.* Testamentum, in quo filiusfam. est præteritus, est ipso jure nullum, *pr.* 1. *de Ex hered. lib.* Si tamen filius acquiescat, convalescit, *l.* 17. *de Injust. rupt. test.* Idem de nuptiis puta; sunt ipso jure nullæ per adulterium; vir non est polygamus, si statim aliam ducat. Nec tamen ideo, si uxorem retinere malit, hæc dicere potest, matrimonium esse nullum, faciendum esse divortium. Quas habet ab illis diversas Bachovius ratiunculas, Lector facile solvet. Primam ejus rationem habuimus. II. Est hæc, *Morbus incurabilis sponsalia vel nuptias ipso jure non tollit, Ergo nec adulterium;* Tu nega consequentiam. Quid enim commune habet morbus in tractu temporis hærens, & cujus exitus vix unquam certus est, cum adulterio, actu transitorio? Calamitas cum crimine, malum triste, solatio conjugali maxime egens, cum malo turpi, quo nil matrimonio inimicius? III. Bachovius: *Quia in d. l.* 8. *& in Nov.* 117. *c.* 9. *Adulterium cum aliis causis conjungitur, quæ ipso jure vinculum non solvunt.* Resp. Videnda cujusque causæ natura. Reliquæ matrimonii unitatem immediate non evertunt, sicut adulterium. Conjunctio cum cæte-

(6) *Apud nos certe in polygamiæ crimen incideret qui aliud matrimonium contraheret, cum per adulterium vinculum matrimonii non solvatur, licet propterea uxor in perpetuum dimitti possit, & fornicariam dimittens non faciat eam mœcham, quia ipsa se fecit mœcham & privavit jure conjugii.*

cæteris causis ad exitum divortii pertinet; nullitas aut rescissio, a diversitate singularum. IV. Quia in *l. 8. Mulier jure divertit, si vir eum alia rem habeat, & cum nihil interesse possit, utrum hæc nupta, an soluta fuerit, absurdum sit, per stuprum, quod cum hac committitur, ipso jure conjugium solvi.* Resp. Ex interna matrimonii natura & jure Apostolico, per stuprum, id est coitum cum virgine vel meretrice, matrimonium ipso quoque jure solvi, diximus antea; sed de jure civili negatur id quod Bachovius ponit, divortii causam nasci ex eo, quod vir cum alia rem habuerit. Non extat in *l. 8.* sed traditur, si vir ante oculos uxoris cum impudicis feminis cœtus agat, divortio causam dari.

16. Soluto per adulterium matrimonio, consequens erat, utrique novarum nuptiarum copiam dari; nec eam noxiæ parti, sicubi pœna capitalis adulterio non sit imposita, negari; sed legibus adulterii damnatum prohibitum est in uxorem ducere, sub pœna Legis Juliæ, quæ olim, ut dictum ad *tit. 1. de Publ. jud. n 6.* relegatione gravior non fuit. *l. 29. §. 1. ad L. Jul. de Adult. l. 9. C. eod.* Justinianus deinde post quinquennium mulieri ex justa causa repudiatæ novum matrimonium permisit. *Nov. 22. c. 15. §. 2. & 3. & c. 18. in fin.* Nec hoc Statutis sublatum videtur, quibus soli innoxiæ parti nova matrimonii ineundi facultas datur; ut nostris *lib. 2. tit. 11. n. 4. Parti innoxiæ per Magistratum*, ajunt, *causa legitime cognita, permitti poterit aliam ducere vel nubere.* Id enim de eo, quod statim fieri possit, intelligendum. Noxia pars moræ legibus præscriptæ committitur; (9) Sed an ejusmodi Statutum non adversatur ei, quod diximus, adulterio matrimonium ipso jure tolli; non videtur. Respiciunt hæc verba effectum novi matrimonii publicum; promulgationi enim nuptiarum magistratus, ut *supra* vidimus, animum advertere, & his quidem specialem causæ cognitionem adhibere debent. Cæterum, si quis probationem adulterii uxoris liquidam in manibus habens, sponsalia nuptiasque cum alia contraxerit, hic non erit polygamus, modo antequam eas celebret, judicis consensum impetraverit; idque sæpius usu venit, nec semel ita *consultus respondi*. De malitiosa desertione non est idem dicendum, quod ipso jure tollat matrimonium, quæ cum fere tractum temporis habeat, atque ex animo derelinquentis colligenda sit, non habet terminos habiles immediatæ nullitatis. Deserenti autem novæ nuptiæ non videntur esse negandæ, ubi desertus vel deserta sese alii conjunxerit; nec prius ullo modo sine crimine polygamiæ. Quia quod malitia desertionis dat causam divortio, non nisi in favorem derelictæ, minime ut desertor liberetur, receptum esse, manifestum est. (10)

17. (i) Porro a causis divortii, de quibus adhuc actum, differunt causæ nullitatis, quando commissum est aliquid contra essentialia matrimonii requisita, veluti cum ante competentem nuptiis ætatem matrimonium est contractum, aut per vim, per dolum dantem causam, sine consensu patris; in cujus potestate sit is eave, qui duxit aut quæ nupsit; denique si ratione sanguinis aut adfinitatis illicitum sit matrimonium; his enim casibus cum nec vir nec uxor, nec dos, nec matrimonium fit, non opus esse rescindi, cum inde ab initio nihil actum sit, docet Justinianus *in §. pen. I. de Nupt.* & de his causis ad *tit. I. & ff. de Nuptiis* late satis actum est. Hoc solummodo notandum, posse aliquando rigorem nullitatis rescripto Principis ob exquisitas æquitatis aut utilitatis publicæ causas mitigari; maxime propter temporis diuturnitatem, statumque liberorum, ut notabiliter exemplo a Marco & Lucio Imperatoribus est demonstratum, in *l. 57. §. 1. de Rit. Nupt.* Inter causas vero nullitatis referendam esse mariti impotentiam, *supra* dictum est ad *tit. de Ritu. Nupt.* quibus heic nihil opus est, nisi quod ad executionem, quæ similis est divortio, pertinet, quando & Justinianus repudium vocat, quod ex hac causa in-

(i) *Pos. 11. & 12.*

(9) *Sic accidit, ut ea quæ sine justa causa est dimissa, deterioris conditionis sit quam ea, quæ ex causa adulterii fuit dimissa: illa enim nunquam alii nubere poterit; hæc post quinquennium, quod absurdum. Forte solleriis hanc sequelam non admittent, sed contendent, eam, quæ injuste est dimissa, post tractum temporis posse alii nubere, propter malitiosam desertionem, per quam contendunt vinculum matrimonii dissolvi. Sed jam observatum est vinculum matrimonii tunc tantum per desertionem tolli, dum infidelis deserit conjugem fidelem, de quo solo casu agit Apostolus 1. ad Corinth. cap. 7. v. 15. & seqq. Sed nec sic evitabitur hæc absurda sequela; si enim uxor innocens propter immanem mariti sævitiam ab ejus thoro et mensa separata fuerit, quamdiu ille maritus vivit, alteri nubere non poterit, ubi uxor propter crimen adulterii separata saltem post quinquennium alteri nubendi facultatem haberet.*

(10) *Fateor hæc omnia sponte fluere ex falsis principiis jam pridem notatis: sed cum neutro casu vinculum matrimonii dissolvatur, neutro casu poterit alteruter, viva altera parte, sine crimine polygamiæ se alii conjungere.*

instituitur in *l.* 10. *C. de Repud.* ubi conceditur executio hujus causæ, si maritus ab initio matrimonii per *duos annos continuos uxori minime coire potuerit*; sed hodie triennii patientiam exercere debet, ejusdem Justiniani constitutione *in Nov.* 22. *c.* 6. *& Auth. sed hodie.C.d. tit.* Impotentia superveniens post inchoatum matrimonium patienter toleranda, nec separationi quidem habitationis justam causam præbet, ut ubique servatur, & testatur Carpz.*lib.* 2. *Jurispr. Consist. Def.*200. *&* 203. Postremo potest heic quæri, an sicut mulier triennium expectare cogitur, eadem patientia Viro prestanda sit, forte si tam arcta sit mulier, ut mulier fieri nequeat, quemadmodum loquitur *L.*14. §. 7. *de Ædil. Ed.* Non videtur.

SCHOLIUM.

Sed poterit citius liberari a tali conjugio, quia nimirum, ut Imperator dicit d. Nov. 22. cap. 6. *exempla non defuerunt, impotentiam in marito cessasse, quod de arcta sperari non potest.* Conf. Carpz. d. l. def. 201. *Idem tamen etiam mulieri concedendum erat, ut triennium non cogatur expectare, si vir ob excessum in quantitate ad congressum sit inhabilis.*

18. (k) Vulgata hujus loci quæstio est, si corrupta pro virgine ab ignorante ducta sit, (scienti enim nulla querela) utrum hæc si nullitas, vel an divortio sit locus, an neutrum. Non esse nullitatem, quia cum vitiata æque omni ex parte quam cum integra, matrimonium consistere potest, haud dubie statuendum, idque contra Treutlerum, aliosque facile probat Bachovius *vol.* 2. *disp.* 6. *th* 6. *lit.* E. Super divortio summa quoque varietate disputatur. Pro divortio frequens usus est temporum, teste Carpzovio *Jurisp. Consistori.lib.* 2. *tit.* 11. *def.* 193. *& sequ.* Proque ea sententia militat cum jus divinum, *Deut.* 22. *v.*21. & canonicum, *c.*29. *Qu.* 1. *in fin.* tum ratio, quod sciens talem non præsumitur fuisse ducturus. *Nihil enim magis*, inquit Leo Cæsar hac ipsa de re, *matrimonio adversatur, quod opinio, non veritas copulavit. Nov.* 93. Wissenbachius noster *ad tit. de Sponsal. th.*3. inclinat in distinctionem Harmenopuli & Patricii Græcorum, ut si mox ab initio vir dedecus sponsæ detexerit, ἐν τῷ καιρῷ τοῦ γάμου, *in ipso tempore Nuptiarum*, ἐν αὐτῇ τῇ νυκτὶ *in ipsa nocte prima*, sit viro potestas repudiandi, postea vero οὐκ ἔχει, ajunt, ἐξουσίαν ἐκδιώκειν τὴν γυναῖκα, *non habet jus expellendi mulierem*. Cui sententiæ dedit occasionem id, quod in *Deuteronomio* legitur *d. cap.* 22. Eo quoque respexi in responso, quod retuli in *Jurisp. hodiernæ lib.* 1. *c.* 6. *n.* 10. Civis Franekeranus duxerat uxorem, forma, ingenio & moribus, ut videbatur, minime vulgarem; quæ post dies *unum & sexaginta supra centum* a nuptiis contractis, pepererat infantem perfectum & validum. Persuaserant viro bono, mulier, obstetrix & amor, non esse hoc præter naturam, donec cognati secus inculcarent, qui & repudium urgebant, contra quod ipse, si modo infantem, uxore retenta, agnoscere non cogeretur, emollitus erat. Consultus respondi, de infante nihil esse dubii, cum dies *viginti duo* ab his, qui Legibus requiruntur, deficerent, secundum ea, quæ diximus ad *tit. ff. De Statu Hominum. n.*4. *Part.II. pag.*35. Divortium vix esse, ut post tanti temporis spatium impetrare posse videretur. Duas enim minimeque plures divortii causas, probant Ecclesiæ reformatæ, quas habuimus, adulterium & desertionem malignam; ab adulterio autem hujusmodi stuprum procul abest, ut laudatus etiam Harmenopulus scribit, ἀνάγκη λύεσθαι τὸν γάμον, μὴ κατακρινομένης γυναικὸς ἐπὶ μοιχείᾳ, διὰ τὸ πρὸ τοῦ γάμου πλημμεληθῆναι τὸ ἁμάρτημα. *Matrimonium quidem solvitur, sed adulterii mulier non tenetur, quia peccavit, ante matrimonium. lib.* 60. *tit.*37. *in fin.* Secundum hæc in nostra positione *ult. ad h. t.* scripsimus, esse locum divortio, si ante copulam, vel statim post eam detectum sit vitium, non æque si conjugium sit inveteratum. De sponsalibus equidem, sive de contractu matrimonii, siquidem eo necdum impleto detecta sit turpitudo, parum credo fore difficultatis; quando & Josephus justitiæ laudatur, quod sponsam ἐν γαστρὶ ἔχουσαν, *prægnantem*, clam derelinquendam putaret, *Matth.* 1. Quid post celebrationem publicam, & juxta, vel statim a concubitu, servaretur apud nos, vix ausim adfirmare; difficilius sane ejicitur, quam non admittitur hospes. Lex Mosaica, quæ mortem infligit mulieri, ob stuprum antecedens domi patris admissum, hodie non obtinet. Notas etiam læsæ virginitatis non esse certas, satis constat, ut actus *prima nocte e lecto exiliendi*, de quo Harmenopulus *d. loco*, inter homines cordatos usum fidemque non inveniret. Magis igitur est, ut si cui tale quid post Nuptias innotuerit, is forti animo suum malum fer-

(k) *Pos.* 13.

ferre debeat; (11) quemadmodum, si nobilem, divitem, sanam, modestam opinatus, quædam vel omnia secus experiatur. Jure canonico, cujus in hac materia non levis, etiam apud Protestantes, auctoritas, præcedentia stupra nuptias non rescindunt, ne sponsalia quidem, utique de præsenti quæ vocant. *c.* 25. *X. de Jurejur.* & *c.* 1. *c.* 29. *qu.* 1. De mariti stupris antecedentibus, nulla movetur quæstio, neque valet heic argumentum a Wesenbecio *ad tit. de Nupt. n.* 8. *ex Rubr. Quod quisque jur. in alt.* Hactenus enim longe dispar est ratio mulierum, quam virorum, ut nemini obscurum esse potest; Etsi durante matrimonio, *Lex eadem, quæ uxori, sit viro*.

19. Hactenus de vero divortio. Est & aliud instar divortii, quod jure canonico est unicum, *cap.* 2. & *t. t. X. de Divort.* Dicitur, a thoro ac mensa: * cujus causa præcipua, sævitia immanis mariti, aut procacia intolerabilis uxoris, vel etiam hujus insidiæ contra viri incolumitatem; denique, si, quod plerumque accidit, uterque sit in culpa inimicitiæ atrocis odiique irreconciliabilis, Carpz. *Jurisp. Consist. lib.* 2. *tit.* 11. *def.* 189. *def.* 192. & *seq.* non aliter tamen quam causa cognita, tentatisque prius omnibus remediis suadendi & compellendi. Sæpe enim usu venit ut mulieres instituant, sicut in *Menæchmis Plauti* matrona:

Pater vivere hic non possum neque durare ullo modo,
Proin tu me hinc abducas.

Ut tamen examinatis causis, uti illic, tales minime reperiantur. Quamvis etiam uterque conjux segregationem petat, non nisi causa cognita permitti debet. Ideo rejecta fuit petitio conjugum, qui Supremæ Curiæ libello supplice declarabant, se non posse una vivere, separatione opus sibi esse a mensa & thoro, nec posse aliter; ita ad libellum supplicem cujusdam *Take Eelkes*, & *Aefke Folkerts*. *d.* 1. *Jul.* 1680. Quod si abunde constet, de inimicitia capitali, de remediis irritis, nec alius detur exitus, pro extremo remedio non gravatur Curia nostra, ad petitionem utriusque conjugis, in hoc solo conspirantium, concedere separationem, spe reconciliationis hac via procurandæ. Ita par hominum notabile in hac civitate decreto Curiæ ad ipsorum supplicationem vidimus separatum; postquam civilis & ecclesiastica in illos censura fatigata, omniaque tentata remedia in irritum cessérant; cum prius quoque privatim in separationem consensissent, eamque chirographo obsignassent, quo fidem dabant, nunquam redituros in unum, licet extrema alterius paupertate vel miseria, ut mortem funestissimam ambo præoptarent, neque tamen non redierant, successu perverso, ut fero id genus ingenia se habent *divitæ*. Ubi res ita constat, non opus est singula in judicio discuti: quæ dedecore & homines & matrimonii secreta cumulare solent. Ideo bene Alcibiades uxorem, apud populum contra virum domestica declamantem, brachiis suis sublatam domum deportavit. Accommodemus huc Ovidii versiculos *de Remed. am.* 2.

Tutius est aptumque magis discedere pace,
Quam petere a thalamis litigiosa fora.
Nec causas aperi, quare divortia malis,
Nec dic quid doleas, clam tamen usque dole.

Quod si alter sine judicis auctoritate secesserit, quid tum ratione redituum & alimentorum juris sit, dicere occupavimus ad *tit. ff. Pro Soc. part. præced. pag.* 479. *seq.*

20. De morte nihil opus est monere, per eam solvi matrimonium. Verum si maritus procul & diu absit, neque constet, utrum sit mortuus, an vivat, si mulier nova conditione potiri possit, & cupiat, molestæ quæstionis est, an permitti possit; idque sæpe in his regionibus ob longinquas navigationes usu venit. Quam difficilis explicatu visa sit hæc propositio Cæsaribus, loquuntur textus juris. Nam Con-

(11) *Recte, quod Auctor tandem admittat divortio hic locum non esse, non magis, quam si nobilem, divitem, sanam, modestam opinatus, omnia secus experiatur. Nec distinguendum hic utrum conjugium sit inveteratum necne, utrum ante vel statim post copulam detectum sit vitium, sufficit enim matrimonium contractum fuisse, nec propter detectum in conjuge vitium ejus vinculum solvetur. Idem velle jus canonicum, jam Auctor probat, tantum abest ut pro contraria sententia militet. Nec pro contraria sententia facit jus divinum Deut. cap.* 22. *v.* 21. *nam lex Mosaica ob stuprum antecedens domi patris admissum non divortium decernebat, sed mortem mulieri infligebat, quæ lex hodie non obtinet.*

* Hæc, cum ad tempus tantum fiat, & secuta reconciliatione iterum cesset, non adimit apud nos etiam conjugi nocenti, id est ei, qui separationi causam dedit, jus successionis statutariæ in bona conjugis defuncti Moller. *P.* 1. *Consil.* 33. *n.* 1. ibique Carpz *def* 15. lib. *Jur. Cons. l.* 2. *def.* 215. atque ita *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Febr.* 1711 Dissent. Werl. *P.* 9. *Concl.* 36. *n.* 11. Brunn. *Jur. Eccl. l.* 2. *c.* 15. §. 27. Cæterum, non nisi Magistratus auctoritate hujusmodi separatio suscipi potest, si enim privato Conjugum arbitrio & conventione facta sit, utrosque care re coerceri jubet *Ord. d. Matr. d. pupill.* 3. §. *Worden*, donec se invicem in matrimonium recipiant. Conf. Carpz. *Jur. Consi. l.* 2. *def.* 213.

Constantinus quadriennio elapso, mulieri, quæ nullum sospitatis viri indicium habere potuit, alias nuptias permisit in *l. 7. C. de Repud.* jam antea, quinquennium fuerat definitum *l. 6. de Divort.* Justinianus tandem ad decennium tempus produxerat. *Nov. 22. c. 14.* Sed postremo, quantocunque tempore vir desideretur, mulier sustinere debet, nisi ille, sub quo militat, responderit, eum vere esse mortuum, idque apud acta judicii cum jurejurando deponatur: non ut dux, sub quo stipendia facit, juret, sed is, qui illum rogavit. *Auth. Hodie. C. de Repud. ex N. 117. c. 11.* Responso ducis æquipollent hodierni apud societatas navigationum Indicarum catalogi publici viventium & mortuorum. His non bene convenit, quod Wissenbachius noster ad *h. tit.* habet *th.* 14. ubi, postquam hæc ipsa tradiderat: *Deficientibus*, inquit, *probationibus, post exactum certum annorum numerum, peractumque edictorum, citationum, denunciationumque ordinem, si non revertatur maritus, non dubitamus cum Paulo pronunciare: non esse servituti subjectam fraternam &c.* Hæc malitiosæ desertioni conveniunt; sed minime casu, quo probationes deficiunt, usu veniunt. Tunc enim mulieris est, omni modo & *quantiscunque annis* abstinere. *d. Auth.* Vide tamen & applica sis, ad hanc speciem, quod habuimus ad *tit. De Probat. & Præsumpt. num. 19.*

TIT. III.

Soluto matrimonio Dos quemadmodum petatur.

I. An & quando constante matrimonio dos repeti possit. II. Qualis actio detur mulieri. III. Muliere mortua, quid juris in dote adventitia. IV. Quid in dote profectitia. V. Quid maritus mulieri restituere debeat. VI. Quando cesset repetitio dotis & donat. ante nupt. *VII. Beneficia Mariti respectu hujus actionis. VIII. An soluto matrimonio Dos promissa a marito post mortem liberorum peti possit. IX. Exceptio dotis cautæ, non numeratæ. X. Usus earum rerum. XI. An & ad qualem dotem hodie stuprator teneatur.*

(a) DOtium usu minus hodie frequente, non esse tantum hujus tituli, quam olim fuit, his temporibus usum, facile præsumitur. Non potest tamen neque debet ejus expositio negligi; etsi minore digrediendi vel proprias ex usu rerum observationes & exempla proferendi occasione, licebit nobis esse brevioribus. Rubrica significat, heic agi de repetenda dote soluto matrimonio; namque eo consistente, repeti non posse dotem, pro ejus sustentatione datam, res ipsa loquitur. Excepto casu manifesti periculi, ne mulier indotata fiat, quod accidit per inopiam mariti eo redacti, ut ejus bona doti reddendæ non sufficiant, *l. 24. pr. h. t. l. 29. C. de Jur. dot.* itque licet antea viri inopiam non ignoraverit, ut videtur, & defendit Bartolus, eumque post alios secutus Wissenbachius ad *l. 29. C. de Jur. Dot.* quia summa ratio, ne mulieres indotatæ fiant, *l. 1. h. l. 2. de Jur. Dot.* validior est, quam quod quisque facilitatis suæ pœnam ferre debeat, *l. 3. §. ult. Ut in poss. Legat.* E ratione prædicta sequitur, maritum, oblato fidejussore, restitutionem intempestivam dotis evitare posse, *d. l. 24. §. 2.* etsi dissentiant D. Wissenbach. *ad h. tit. th. 1. & ad d. l. 29.* Quin etiam marito ad bonam copiam reverso, dotem ultro esse restituendam, vult ratio. *l. 4. §. 1. de Muner. & honor.* Gail. 2. *obs.* 85. Wissenb. *d. th. 2. in fin.* Eadem dotis amittendæ ratio vult, repetitionem esse dandam, si maritus sit deportatus. *l. 1. C. de Repud.* Denique, si maritus ultro dotem, constante matrimonio, reddere velit, non potest, quia donatio foret, *l. un. C. Si dos const. matrim. sol.* nisi fiat ob causas alimentorum similesque valde necessarias. *l. 73. §. 1. de Jur. Dot.*

2. (b) Soluto matrimonio, dabatur olim actio rei uxoriæ, id est dotis, quæ erat bonæ fidei; sed pro illa Justiniano placuit actio ex stipulatu, quam suo arbitratu admodum singulari jure constituit. *in l. un. C. de Rei ux. act.* Nam primo datur & dicitur ex stipulatu hæc actio, licet inutilis aut nulla stipulatio interposita sit. *d. l. un. in pr.* Eadem est bonæ fidei, licet omnis ex stipulatu actio sit stricti juris. §. 2. Habet denique tacitam hypotecham & privilegium, de quibus actum quod satis est, ad tit.

(a) *Pos. 7.* (b) *1. & seqq.*

tit. Quib. ex cauf. pign. tac. & Qui pot. in pign. Datur autem hæc actio mulieri matrimonio superstiti, aut aliis ex pacto, contra maritum, vel ejus hæredes. Mulieri datur, sive divortio, seu morte mariti rupta sit copula, quamvis ipsa non dederit dotem, sed pater, avus, aut extraneus, tametsi mulier ab eo sit exhaeredata. *d. l. un. §. videamus.* 11. Nam hoc ipso quod dos est data, jus ejus mulieri adquisitum est. *l. 7. de Pact. Dotal. & l. 7. C. h. t.* Si tamen filia adhuc in potestate sit, (quod hoc seculo in vidua non habet facultatem) pater actionem instituit filia consentiente, vel, hæc, sub cautione ratihabitionis paternæ. *l. 22. §. 4. in fin. & §. 5. h. t. l. 34. §. 5. de Legat. 2. d. l. 7. C. h. t.* Emancipata igitur, & hodie quælibet nupta dotem sola repetit. *dd. ll.* Scilicet, vel res ipsas vel æstimationem, si dos æstimata fuerit, *l. 5. & l. 10. C. de Jur. Dot.* cum fructibus rerum ipsarum post finem matrimonii perceptis; ultimi anni fructibus pro rata temporis dividendis, *d. l. un. §. cumque 9.* juxta *l. 6. l. 7. §. 1.* (1) de qua videatur Wissenbach ad *h. tit. th. 20. l. 11. & l. 31. §. ult. h. t.* Contra tertium habet mulier rei vindicationem, ut domina, vel hypothecariam, pro hypothesi qua vir dominus statuitur. Ita enim fluctuantem videas Imperatorem in famosa *l. 30. C. de jur. dot.*

3. (c) Muliere mortua, dos adventitia manebat olim penes maritum, ejusque lucro cedebat. Ulpian. *fragm. tit. 6. §. adventitia 5. l. ult. §. pen. Ut legat. nom. cav.* nisi vir uxoris mortem vindicare neglexisset, tum enim in fiscum redigebatur. *l. 20. & sequ. de His, quæ ut in pign. l. 27. de jur. Fisc.* Quanquam si vir ipse eam occidisset, ad hæredes uxoris pertinebat. *l. 10. §. 1. h. t.* Cur tam varie? Quia hoc casu vir dotem plane non adquirebat, ideoque nec a fisco ob ejus delictum publicari poterat. Sed priore casu dotem prius adquisiverat. Constat etiam, si dotis dator pactus esset, eam sibi restitui, idque in continenti, ad hunc reverti dotem; sed pactum ex intervallo, dote jam mulieri quæsita, non aliter valebat, quam si hæc consensisset. *l. 7. de pact. dot. l. 20. §. 1. eod.* Jure novo dos adventitia ad hæredes mulieris, nisi aliter convenerit, pertinet. *d. l. un. §. 6.* Et cum promissiones quoque jus ad hæredes transitorium pariant, dos promissa similiter ab hærede mulieris peti poterit, nisi jure vel pacto dos soluto matrimonio ad promittentem reverti debuerit, per *d. §. 6.* quo pertinet, quod Sandius tradit *lib. 2. tit. 2. def. 6. in pr.*

4. De dote profectitia, muliere mortua, doctrina juris antiqui fuit, eam reverti ad patrem, vel avum paternum; *jure succursum est patri, ut filia amissa, solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret. l. 6. in pr. de jur. Dot.* Alibi, *Pater profectitiam Dotem potuit petere, si filia constante matrimonio decessisset. l. 5. de Divort.* Ad virum autem non pertinebat ejusmodi dos, uxore mortua. Jus hoc patri competebat, eoque casu dos ad hæredes transmitti non poterat, nec adeo ad liberos, nisi vi pacti, *l. 26. pr. de jur. dot.* cujusmodi pactum tacite initum intelligitur, si convenerit, ut *in matrimonio sine liberis defuncta filia, dos retineatur, d. l. 26. §. 2.* quamvis aliter D. Wissenbach ad *h. t. th. 17. vers. objicio. d. l. Inter socer.* Absque pacto, pater qui dotem dedit, eam recuperat etsi liberi supersint, inquam. *dd. ll.* Durius hoc videtur, cum dos data filiæ dicatur illi adquisita, *l. 7. de pact. dotal.* eam ad liberos non transire. Quæ res facit, ut quamvis in puncto juris, quod ajunt, verius sit quod posuimus, idque pars major Interpp. statuat, in Foro tamen diversum obtinuerit, ut refert Sandius *lib. 2. tit. 2. def. 5.* quam & Schotanus, qui libenter usum fori cum legibus componit, sequitur in *exam. ad h. tit.* Ad rationes, quibus hæc pars nititur, facile respondet Wissenbachius noster ad *h. tit. th. 17.* nisi quod ad legem 26. §. 2. *de pact. dot.* nos ali-

(c) *Pos. 8. & seqq.*

(1) *Si cum Cujacio in* l. 7. §. 1. h. t. *ponamus ex vindemia redacta fuisse* 24., *& mercedem locationis esse* 12., *diceremus marito in ea specie relinquenda esse* 4. *cum una tertia, sive tertiam partem* 13. *Etenim si per annum integrum stetisset matrimonium, habuisset* 13. *scilicet* 2. *pro uno mense vindemiæ, &* 11. *pro* 11. *mensibus locationis; jam autem matrimonium stit per unam tertiam istius anni, adeoque debet habere tertiam partem* 13. *Et hæc sententia optime convenit verbis JCti, dum ait:* vindemiæ fructus, *id est* 2., *non* 24. (*aliud enim JCto sunt integri fructus, aliud vindemiæ fructus*) *& quarta* portio mercedis instantis anni, *id est*, 1. confundi debebunt, ut ex ea pecunia, *id est ex illis* 3. tertia portio, *fructuum anni matrimonialis scilicet*, viro relinquatur. *Non enim his verbis ait marito tantum relinquendam esse tertiam partem* 3., *tunc enim non dixisset ex ea pecunia tertiam portionem esse relinquendam, sed dixisset,* hujus pecuniæ *tertiam partem relinquendam esse. Proinde ex illis* 3. *marito debet relinqui tertia pars fructuum anni matrimonialis, qui unus est, licet incidat in duos annos fructuum, & sic in supposito maritus ex illis* 3. *retinebit* 4. *cum una tertia.*

aliter modo respondimus Ad *l.* 40. *h. t.* respondet D. Wissenbach per emendationem Cujacianam ex Basilicis. Si quis a Florentino recedendum non putet, is videat, an hoc modo respondere liceat. *Post dotem datam, & nuptias contractas, stipulatus est pater, filiæ voluntate, divortio facto dotem dari.* Dos eo casu filiæ adquisita fuerat, ut in casu divortii ad illam reverti deberet: *l.* 7. *de Pact. dotal.* Consensit tamen patri, ne divortio facto dos ad se rediret; sed maternus affectus dictat, eam noluisse patrimonium suum abjicere, in præjudicium liberorum. Ergo, *si conditio stipulationis impleatur*, divortio secuto, & pater statim agere velit, *exceptione summovendus erit*, ut in fine Legis, in favorem liberorum, qui extant vel extare possint, & quos filia tacite excepisse videtur. Verum *si postea mulier sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quominus ex stipulatu agat.* Quid valeat præsumptus amor liberorum, in ambiguis conventionum ultimarumque voluntatum interpretamentis, undique constat, & docet *l.* 102. *de C. & D.* idem in hac materia *d. lex* 26 § 2.

5. Quid restituere debeat maritus uxori, ex natura rerum, quæ datæ sunt in dotem, existimandum. Si dos sit æstimata, quantitas æstimationis reddenda, *l.* 5. *& l.* 10. *C. de jur. Dot.* nisi æstimatio taxandi causa fiat duntaxat, hoc autem agatur, ut res ipsæ restituantur, quod fieri videmus in *l.* 69. §. *cum res.* 7. *de jur. Dot.* etiam ut optio detur alterutri. *l.* 10. §. *ult. eod. tit.* Si vero species sint datæ, maritus quod inde superest reddit, neque de periculo, si res attritæ vel diminutæ sint, aut perierint, tenetur. *l.* 10. *eod. tit.* Res etiam immobiles, adeoque fundos restituit, ita ut finito matrimonio existunt, nec, si deteriores sint, tenetur, si modo dolus & culpa absuerint. Veluti in fundis habentibus lapidicinas aliasve fodinas, vir excisum marmor adquirit, *l.* 7. §. *si vir.* 13. *& seqq. h. t.* quod si lapis renascatur, marmor est in fructu, & si fundus melior sit factus, impensas quoque recuperat maritus. *l. ult. de Fund. dot.* Hinc etiam, quando ususfructus specialiter in dotem datus est, vir fructus percipit, & finito matrimonio, usumfructum, sicut est, non fructus perceptos restituit. *l.* 7. §. 2. *de jur. dot.* Atque ita jus illorum locorum satis intricatum, accipi posse videtur. Unde liquet, plus juris habere maritum in dote, cujus sit dominus,

quam jure societatis in rebus ab uxore
pliciter illatis, quemadmodum probavim
tit. pro Socio. n. 9. *&* 10. *p. ırt. præced. pag.*
& seq. ubi tamen quod de reditibus at
& de usufructu diximus, ex ratione jur
nobis videtur, plerisque in foro non pro
indicavimus: qui volunt, reditus annuo
vitam, & fructus ex usufructu cedere
munioni, nec quidquam inde finito matr
nio reverti; ac ita post nostrum e Fore
cessum ab Amplissimo Senatu judicatum
leximus, in *causa Johannis Balk* M. D
quirentis, contra heredes. Remeri Anton
quisitos. d. 27. *Mart.* 1683.

6. (d) Amittitur jus mulieris in p
dote, per adulterium, adde sis, malit
desertionem; & juxta dotem, maritus,
deficientibus, ex reliquis ejus bonis lu
summam, quæ tertiam dotis partem æ
liberis autem existentibus, & dos & r
bona servantur. Per mariti adulterium
donationem ante nuptias lucratur, qu
cum reliquis bonis cedit ejus liberis, a
deficientibus, uxori jure proprietatis. S
capit tertiam donationis partem ex r
mariti bonis, ut virum ex illius bonis
diximus, verum hujus cætera bona pe
terium in Fiscum rediguntur. *Nov.* 117
9. Quod de osculo quærit hac parte W
th. 22. nostris moribus non meretur e
Sed de vidua, quæ intra annum luctu
se polluit, notandum heic loci, illam
donationem propter nuptias, si Stat
pacto apud illam remanserit, *Nov.* 39
& præterea patitur easdem pœnas,
fliguntur mulieri intra annum luctus a
das nuptias transvolanti, *d. N.* qu
habuimus ex *l.* 1. *&* 2. *C. de Secun*

7. (e) Conventus super dote mari
bet duplex Legis beneficium. Primu
quod res mobiles (immobilibus stat
tuendis) & incorporales, non nisi po
restituere cogatur, atque deinceps
teneatur. *d. l. un.* §. 7. Nescio, unde V
chius noster ipsius anni, quod marito
tur, fructus ad uxorem pertinere c
Fachinæum laudans & Zasium *th.* 2
ctius, ni fallor, Tuldenus tenet co
nec id obscure e *d.* §. 7. colligitur.
hoc qualecunque beneficium in loc
bimæ, trimæ dici, quibus olim discre
que erant pensiones dotis. *d.* §. 7.

(d) *Pos.* 15. *&* 16. (e) *Pos.* 14.

mariti beneficium est, quod non teneatur ultra quam facere potest, hoc est, ne egeat. *l.* 12. *& seq. h. t.* Cui nec renunciare potest, quia contra bonos mores esse videtur, ut maritus ab uxore nudus prostituatur. *l.* 14. §. 1. *h. t.* Socer etiam, quando a nuru convenitur, ad dotem ab illo susceptam restituendam, gaudet eodem beneficio. *l.* 17. *in pr. h. t.* Non æque socer a genero conventus ad promissam dotem præstandam, soluto matrimonio, casu quo ad virum pertinet; secus, si tempore matrimonii contra socerum agatur. *l.* 21. *& l.* 22. *de Re Judic. juncta l. pen. de jur. Dot.*

8. Non prohibetur igitur gener a socero dotem promissam petere, soluto matrimonio, si modo ad dantem finito matrimonio non sit reversura. *d. l.* 22. *& l. pen.* Consequenter, si ad liberos defunctæ mulieris dos pertineat, ut hodie ad illos pertinet, pater pro illis, aut ipsi dotem a socero vel ab eo recte petunt. *l.* 26. §. 2. *de Pact. Dot.* Sandius tamen 2. 2. 6. in diversum inclinat, super hac specie: *Titius Filiæ suæ Gajo nuptæ & moribundæ promiserat, se ei dotis nomine tantumdem daturum, quantum filiæ suæ natu majori dedisset. Filia decessit relicto filio*. Non vocat in dubium Sandius, quin filio isti Dos promissa deberetur. *Sed filius ille paulo post etiam in humanis esse desiit*, hærede patre. Quod filio isti fuerat quæsitum jus, hoc ad patrem ejus hæredem omnino pertinere videbatur. Sandius tamen contra statuit secutus Tesfaurum & Barbosam, idque hac ratione; quod jure civili dos profectitia ad patrem, qui dedit, muliere defuncta, redeat: hodie quidem secus esse receptum, at hoc, ut novum jus, esse restringendum ad dotem datam, & in promissa dote jure antiquo standum. Sed hæc distinctio multo minus coloris, quam prior sententia valoris habet; scil. jure liberis quæsita in patrem, ut hæredem, transire debuisse. Quibus accedit, quod pater moribundæ filiæ promittens, ad casum post mortem & ad hæredes inprimis spectasse videbatur. Hoc etiam movet, non fuisse dotem illam proprie loquendo, quam pater filiæ moribundæ promitteret; quippe dos marito datur, ut supra ad *tit. de Jure Dotium* observatum. *l.* 5. §. 9. *de Jur. Dot. l. ult. C. de Dot. promiss.* Quando autem filiæ datur a parente peculium matrimonii causa, hæc est liberalitas, cui similem parentes filiis maribus nuptias contrahentibus dare solent, quæ fit quidem nuptiarum causa, sed non est dos. Hæc nunquam viris datur; at ista peculia viris æque ac feminis dantur, eoque nomine vocatur, *Medegifte*, Frisiis *Uitbernfinge*, quasi dicas *Exfiliationem*, expositionem liberorum ad nuptias. Has pecunias a parentibus aliisve acceptas, vir novus & uxor conferunt in unum, & vocantur utrimque *Inbreng*, *Collatæ bona*, aliena a natura dotis; nec si dos vocentur, erunt dos; quin sermo noster non habet vocabulum, quo dos exprimatur, vox *Houwelyks gifte* vocabulum generale est, æque ei, quod viris datur, inquam, ac quod feminis, conveniens. Ergo male Sandius a natura dotis profectitiæ Romanensis, ad donationem, quam faciunt parentes suis liberis, ut in communionem matrimonii inferatur, qualis erat illa promissio, argumentatur. Quin jam fortius dicendum; quod pater ita se donare professus est filiæ, id ipsi pleno jure adquiri, & ad hæredes transire, licet necdum sit traditum; nedum ut dubitari fas sit, an quod a parentibus est traditum, ad liberos eorumque hæredes transmittatur, sicut in eam partem Sandius evidenter propendet. *d. lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 6. Bene est, quod Curia secundum ejus rationes non judicavit, sed generum ideo repulit, quod promissionem a socero factam non satis probaverat, ut refert *in fine d. Decis.* 6. Ex his velim suppleatur, aut corrigatur quod posuimus in *Jurispr. vernac. lib.* 1. *c.* 8. *n.* 23.

9. Postremo loco, si dos non data, sed promissa tantum, sive causa sit, maritum scilicet, non teneri ad restituendum, satis indubitatum est. Quod si dotalibus instrumentis sit cautum, ut sit, dotem esse datam; conventus maritus habet exceptionem non numeratæ pecuniæ, intra annum a soluto matrimonio, si matrimonium non constiterit ultra biennium: si diutius manserit incolume conjugium, maritus exceptionem intra tres a finito conjugio menses opponere debet; nisi per decennium vixerint una conjuges, tum præsumptio juris & de jure, quod ajunt, est, dotem, quæ soluta dicitur, revera fuisse præstitam. *l. ult. & Auth. seq. C. de Dot. caut. non num.* Quod si maritus non conveniatur, idem haud dubie faciendum, quod in exceptione non numeratæ pecuniæ, quæ locum habet in mutuo, fieri solet; ut vel protestatio fiat de solutione non facta, vel condictio instrumenti, quo confessio dotis acceptæ continetur, ut expositum est ad *tit. Inst. de Liter. Obligat. n.* 3.

10.

10. Hæc equidem in veris dotibus cur hodieque locum habere nequeant, causam non video, * & apud nos servabuntur, per ea, quæ Sandius habet 2. 2. 5. Sed adsentior Groenevvegio ad *d. tit. C. de. Dot. caut. non num.* rarissime fieri ut obtineant, quia veræ dotes admodum raro constituuntur. At quando mulieres petunt sua bona in communionem illata conjugalem, verius est, maritum, qui confessus est in instrumento, quid ab uxore acceperit, non habere exceptionem solutionis, vel traditionis non factæ, quam non nisi in terminis Lege specialiter expressis dari, constat. Non habebit hic etiam locum dilatio pannalis, in rebus mobilibus restituendis, quam in dote vidimus. Sed beneficium, ne maritus teneatur ultra quam facere possit, etiam in rebus paraphernis habet locum, quia maritus generaliter in quovis contractu habet hoc beneficium, *l.20. de Re Judic.* hæredes mariti non habere idem beneficium, constat ex *l.* 15. §. 1. *h. t.* Sed vide quæ de exitu societatis conjugalis, & repetitione rerum ab altero conjugum illatarum diximus ad *tit. D. pro Socio. sub fin.*

11. Pro COROLLARIO materiæ dotalis, addere placet; esse quoddam genus dotis necessariæ, sine matrimonio; quando stuprator virginis, qui habet electionem, ut ducat aut dotet, ex *Cap.1. X. de Adult.* quod universali consuetudine receptum esse, testis est Sandius 2. 1. 10. & Groenevveg. ad *tit. l. de Publ. Jud.* §. 4. *n.* 14. aliique illic citati auctores: quando is, inquam, dotare mavult. Sed de quantitate dotis illius quæritur. Plus dandum videbatur inopi, quam locupleti, sed contra instituitur. Nam quia mulier omnia sua bona in dotem dare potest, ut *supra* intelleximus, hinc stuprator tantum dotis dare cogitur, non modo quantum pater ultro ei dedisset, sed omnino quantum ipsa in bonis habet, ut Statutis Frisiæ cautum *l.* 2. *tit.*11. *n.*2. Sand. *def.* 10. *fin.* ubi aliquando etiam computatam fuisse hæreditatem expectatam parentum narrat, quod postea displicuerit, ob incertitudinem futuræ successionis. Ejus loco deinde computata fuere, juxta bona, quæ in præsenti habéret, id quod parentes ei in dotem dare possent, aut pridem aliis liberis dedissent, ut servatum in causa *Foppii N. cum filia, contra Pierium Dyes ante magnas ferias* 1629. idque deinde servatum. Inter bona præsentia tamen non est computata donatio, quam matertera corruptæ virginis ei fecerat, forte quod augendæ doti adsectata videretur, in causa *Annæ Johannis, contra Annæum Veltriel. d.*20. *Decemb.* 1625. Cur alioqui bona donata, si fraus absit, non æque ad calculum totius patrimonii accedere possent, ratio nulla vedetur. Cæterum viduæ, licet honestæ, consupratæ, non deberi hoc augmentum, plerique statuunt Interpp. & nostra Statuta nominatim de virgine loquuntur *lib.*1. *tit.*4. *in pr.* Sandius *d. loco.* An concubinæ, quæ domestica consuetudine pro uxore habetur, idem debeatur, decisum non reperio. Videtur tamen, si virgo fuerit & expulsa, deberi. Suffragatur Statuti nostri Rubrica quarta *lib.*1. *De Concubinis*, ubi mox de illa dote subjicitur. Opp. Concubinæ moribus christianis, major est turpitudo, quam puellæ, cui semel obreptum. Adde, quod verba Statuti in factum concipiuntur, *een Maegdeken deflorеerden schendet*, non in statum vitæ longiorem. Resp. Concubina primo fuit virgo, & deflorata est; nec additum est, semel an sæpius. Si tamen virgo causam dedisset stupro, vel concubinatui, virumque seduxisset, non habet et jus petendi dotem, *d. tit.* §. *ult.* nec si pellex fuerit virgo. De polygamia nostri quoque statuerunt, si quis cum duabus matrimonium contraxerit & cum secunda quoque rem habuerit, ad hanc similiter dotandam tenetur. Quin etiam, si mulier idem commiserit, hæc eadem mulcta adficitur, hoc est, viro tantum donativi matrimonialis dare cogitur, quantum vir mulieri ad dotandum dare cogeretur. *lib.* 2. *tit.*12. *art.*2.

LIB.

* Apud nos ex iis, quæ de successione mariti supra *P. I. p.* 277. monita sunt, facile potest constare, dotem, sive profectitiam sive adventitiam, uxore mortua non ad ejus hæredes reverti, si in mobilibus consistat, sed salva tamen liberorum & parentum legitima, marito cedere, add. Zobel. *P.* 2. *diff.* 9. 11, 12. Carpz. *P.* 2. *C.* 22. *def.* 32.

LIB. XXV. TIT. I.

De Impensis in res Dotales factis.

I. Impensæ quotuplices, & quæ restituantur. II. Quo sensu necessariæ Dotem ipso jure minuant. III. An detur condictio impensarum post restitutionem rerum. IV. An Impensæ restituantur ultra, quam res in eventu est melior. V. Usus hodiernus.

(a) IN restituendis dotibus fiebant reputationes impensarum, quæ ad perpetuam vel diuturnam rerum dotalium utilitatem pertinebant. *l.* 4. *h. t.* Nam quæ ad præsentis anni usum vel ad fructus percipiendos spectant, cum fructibus compensantur, *d. l.* 3. ut & stipendia & tributa. *l.* 13. Quin nec modicæ impensæ in reparandis ædibus propagandisque vineis curantur, *l.* 12. quia maritus res dotales tueri suo sumptu debet. *l.* 15. Majores autem & durabiles impensæ sunt vel necessariæ, vel utiles, vel voluptuariæ; discrimine & *alibi* commemorato.

2. (b) Necessariæ sunt, sine quibus res durare non poterat, & de quibus neglectis maritus in id quod interest teneretur, *l.* 4. atque hæ dotem minuere dicuntur, id est quantitatem ejus. Proinde si dos in quantitate consistat, sive pecunia ab initio data, sive res æstimatæ fuerint, quantitas immediate fit tanto minor, quantum est impensum, *l.* 5. *in pr. h. l.* 1. §. 4. *de Dot. præleg.* si vero in corporibus inæstimatis dos consistat, impensa tamen dotem minuebat, non singula corpora, sed universitatem ejus, ut maritus res dotis retinere possit, *d. l.* 5. & *l.* 56. §. *f. de jur. dot.* nisi mulier intra annum impensas refudisset, ut *d. l.* 56. §. *ult.* quam limitationem adjecisse Tribonianum, censet Cujacius 23. *observ.* 12. Hanc igitur retentionem non sustulit Justinianus. *l. un.* §. 5. *de rei uxor. act.* Sed non videri esse retentionem, cum dos imminuta sit, interpretatus est Thomasius, atque in hanc rem adjecit sequens

SCHOLIUM.

Dicit equidem Ulpianus in d. l. 5. *diminutionem dotis proprie in pecunia locum habere, non in corporibus; in corporibus tamen propter impensas desinere fundum esse dotalem, vel totum, vel pro parte, atque adeo marito propterea competere detentionem, scilicet tanquam in re communi. Æmulus Ulpiani* Paulus *contra in* l. 56. §. 3. de Jure Dotium, *marito quidem jus retentionis concedit, sed non tanquam in re communi. Negat siquidem fundum propter impensas vel pro parte dotalem esse desinere. Ceterum, cum Imperator* in l. un. §. 5. C. de rei ux. act. *in genere dicat, propter impensas non concedi retentionem in dote, item necessarias ipso jura dotem minuere, magis videtur Ulpiani sententiæ favisse quam Pauli. Aliter Doctores Paulum cum Ulpiano conciliant.* Vide Strauch. III. 15. Wissenb. h. t. th. 2.

RESPONSIO.

Pauli & Ulpiani nomina Thomasio in continenti malum omen & ideam ingerunt antinomiæ. Nihil opus esse eo recurrere, mox videbimus. Justiniani quæ mens sit in d. l. un. §. 5. *dictum est* superius.

N. ADDIT.

Judicet lector impartialis, an nomina Pauli & Ulpiani, an res ipsa summatim in Scholio indicata, antinomiam subesse persuaserit mihi. Ita Ulpianus: Quod dicitur: necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum,

(ut

(a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 5. & 6.

4. Quod ad usum attinet hodiernum, quibus in locis & quos inter conjuges obtinet universalis bonorum communio, inter hos de impensis non posse quaeri, manifestum est. Sed quia plerumque inter eos qui sunt in facultatibus & consulto agunt, pactis dotalibus ab illa receditur, siquidem in totum id fiat, habent usum ea, quae *hoc tit.* traduntur. Si vero salva redituum & acquaestuum communione fiat, ut apud nos ipso jure se res habet, *reparationes ac meliorationes factae in domo vel praedio unius conjugum, ut acquaestus, in communionem veniunt*, ait ex Charonda Sandius *l. 2. tit. 5. def. 3. Vers. Reparationes; quatenus scilicet, res tempore soluti matrimonii melior apparet*, addit Groenewegius ad *h. tit. in fin.* Adeo ut *quidquid maritus, sive nolente, sive volente uxore, constante matrimonio, sive bene sive male in res alterius impendit, communi conjugum damno cedat*, ait idem *paulo ante*, refertque ita in supremo Hollandiae Senatu judicatum esse ex Neostadio *de Pact. antenupt. obs.* 20. De utilibus impensis nihil refrager; de necessariis non puto recedendum a jure civili; illas indistincte esse computandas, ut dimidia pars alteri conjugi restituatur; in quibus etiam retentioni, sicut de dotalibus dictum, locus esse potest; ut plane fundus uxorius per impensas necessarias fieri possit communis, sicut dotales eadem via desinere posse dotales esse, vidimus antea. Fundum habeo uxorium superficie rustica, quae coloni erat, gravatum; hujus taxationem solvimus. Horreum labens instauravimus aliasque impensas fecimus necessarias tanti valoris, ut jam totus fundus pluris vendi nequeat ac in eum est impensum; nec tamen omnibus illis impensis factis, tanti fundus est pretii, quanti initio matrimonii fuit, nec multo plus dimidia parte mercedis inde modo redigimus, quam percepimus antea. Numquid igitur perdidi impensas illas; uxor soluto matrimonio fundum suum auferet immunem? Minime censeo, verum aut reddat dimidiam impensae partem oportet, aut fundus, ut nunc est, communis existimetur. *arg. d. l. 56. §. 3. de jur. Dot. & l. 5. pr. h. t.* Simul id observetur: si lapsu temporum fiat, ut post impensas fundus in exitu matrimonii non sit pluris, quam fuit in principio, id impensarum repetitioni non praejudicare, quin res ut est in sese, emendata consideretur, & *melioratio* materialis, potius quam *formalis*, ut ita loquar, aestimetur.

T I T. II.

De actione Rerum amotarum.

I. Quid haec actio, & prima ejus proprietas. II. Secunda proprietas. III. Tertia. IV. Quatenus heredi & in heredem detur. V. Ad quid detur. VI. Quando cesset haec actio, & usus hodiernus.

(a) Divortiorum licentia peperit hunc, inter alia, fructum, scil. rerum amovendarum insidias, quibus mulieres in animo habentes dissidium, aut brevi a marito sibi inculcatum iri, *Res Tuas tibi habeto*, dabant operam, ut non nisi rebus illius auctae dimitterentur. Ad quas repetendas datur actio rerum amotarum. Quae *soluto matrimonio conjugum uni datur adversus alterum, ad repetendas res quae ab altero constante matrimonio, divortii causa*, subtractae sunt. Verba definitionis tres suggerunt hujus actionis proprietates. Prima, quod solutum oporteat esse matrimonium, ut haec actio detur; adversus *eam*, *quae fuit uxor*, datur. *h. t.* Quamvis enim uxor in rei veritate furtum marito facere possit, furti tamen actio non modo adversus eam cessat omnino, *d. l. 1. & l. 3. §. 2.* sed ne haec quidem circumductae locutionis actio, quae nec infamis est, durante matrimonio datur, verum condictio simplex, in *l. 25. h.* aut in factum actio, *l. 2. C. h. t.* quae tamen & ipsa rerum amotarum dicitur, utilis, in *l. ult. §. ult. C. de Furt.*

2. (b) Secunda proprietas, *quod constante matrimonio res amotae esse debeant*. Nam si ante contractum matrimonium res sint amotae, furtum committitur, etsi ne tum quidem furti agatur, sed condictione tantum, *d. l. 3. §. 2. dum scilicet uxor est*, ut diserte habet textus. Post divortium vero, quominus furti agatur, de eo quod ante matrimonium vel post ejus exitum surripuit, nihil obstat, opinor, etsi aliter alii. Nam Paulus ita infit: *Si post divortium*

(a) *Pos.* 1. & 2. *Pos.* 4.

tium easdem res viri contrectat, etiam furti tenebitur. l. 3. in pr. Dein §. 2. subjicit: *sed & cum uxore*, dum uxor est, *furti agere possibile est, si ei cui hæredes sumus furtum fecit, vel nobis antequam nuberet, tamen propter reverentiam personarum, in utroque casu furtivam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem, dicimus*. De his duobus casibus adversus uxorem, dum est talis, usu venientibus loquitur. De tertio nihil, quam quod de priore dixit, *furti tenebitur*, affirmat; quod *alios* fefellit.

3. (c) Tertia proprietas hujus actionis; quod res amotas oporteat esse, *divortii causa. d. l.* 25. *Non modo si res lucrandi* animo detineat, sed etiam, si comederit, aut donaverit, modo divortii consilio, *d. l.* 3. §. 3. de quo animo si dubitetur, juramento adigi potest. *l.* 11. §. 1. *& 2. h.* Quod si morbo gravi, cum mulier de vita mariti desperasset, subreptis quibusdam rebus, abierit, vir, si convaluerit, utilem *amotarum* actionem habet, *l.* 21. *in pr. h.* viro mortuo, hæredes ejus competenti actione res persequentur. *l.* 6. §. 5. *h. t.* Absque divortii consilio res amotæ, repetuntur a marito rei vindicatione, vel condictione, *l.* 24. *h. t.* aut in factum actione. *l.* 2. *C. h.*

4. (d) Hæredibus hanc actionem dari, non est dubium. *l.* 21. §. *pen. h.* In hæredes eadem datur, quatenus ad eos pervenit, *l. ult. C. h. t.* quia licet actio sit rei persecutoria, tamen ex delicto est; cujus meritum hæredi non convenit; ideoque nec actio in eum datur, nisi quatenus *ex re* venit obligatio; sicut alias probatum, nullam actionem ex delicto, licet rei persecutoriam, in hæredes aliter dari, *Prael. ad institut. tit. de perpet. & temp. act. n.* 5. *P. I. p.* 436. ne excepta quidem condictionem furtiva; nam eam ex delicto non esse, censemus, & dicto loco demonstravimus. Quod igitur hanc actionem dari in hæredem, sicut condictionem furtivam, legimus in *l.* 6. §. 4. ad τὸ ὅτι, non ad τὸ πῶς, referendum, ut exposuimus in *prælect. ad Inst. de Obl. ex del. n. ult.* Adde Wissenbachium *h. t. th.* 5.

5. (e) Intentio actionis primo quidem est, ut apparet, ad restitutionem rerum amotarum; vel si res ipsæ restitui nequeant, ad æstimationem agitur, quanti fuerunt eo tempore quo sunt amotæ, quod tempus non ponitur in *puncto*, sed ut terminus a quo; nam si deinde res pluris fuerit, dum res apud mulierem, vel apud virum, (nam & hic tenetur hac actione, *l.* 7. etsi feminis id vitium sit frequentius, ut *pass. h. t.*) tempore crescat æstimatio, *l. penult. h. t.* tenetur etiam in id quod interest. *l.* 21. §. 4. Imo si per contumaciam dolumve res non reddat mulier, tenetur in infinitum, hoc est, quanti maritus in litem juraverit. *l.* 8. §. 1. *& l.* 9. *h. t.* juncta *l.* 4. §. 2. *de In lit. jur.* Æstimationem ubi præstiterit, quasi rem emisset, eam retinere vel a tertio possessore petere potest. *l.* 22. *in pr.*

6. Quibus casibus cesset hæc actio, e proprietatibus ejus intelligi potest: præter eas, nota sis, compensatione reciprocæ amotionis, in totum vel pro parte tolli hanc actionem. *l.* 7. Item matrimonio post divortium redintegrato. *l. ult. h. t. Moribus*, cum actio furti pœnalis & famosa non detur amplius privatis, sed condictio tantum, sequitur & hujus actionis a furti actione discrimen evanescere. Contenta tamen ejus sine dubio locum habebunt, si contingat, adulteram aut malitiosæ desertionis ream, expilasse mariti domum, ut a talibus fieri insolitum non est. Nam perfidia, impudicitia & furacitas, pari fere passu ambulant.

(c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 5. & 6. (e) *Pos.* 7.

TIT.

TIT. III.

De Agnoscendis & alendis Liberis, vel Parentibus, vel Patronis, vel Libertis.

I. De agnoscendo & alendo partu, post divortium nato. II. De agnoscendo partu, constante matrimonio edito. III. IV. De plena probatione contra talem filium, tam matrimonii tempore, quam antea conceptum. V. De alendis a parentibus liberis. VI. Onus matris & avorum hac parte. VII. Usus hodiernus. VIII. An alii post parentes cogantur. IX. De his, qui non habent propinquos ad alendum obstrictos. X. Praetextu futurae paupertatis, non esse arcendos incolas. XI. An aliqua ex alimentis perceptis obligatio nascatur.

(a) POst matrimonialia, de liberis agi consentaneum est. Rubrica duas habet partes, de liberis agnoscendis; & de alendis iisdem, aliisque, se ipsos qui tueri non possunt. Partus agnoscendi usus, venit bifariam, soluto matrimonio, neque non dum consistit. Utroque casu id agitur, ne partus subjiciatur, quo nihil indignius & intolerabilius; ideoque de his, quæ falsum partum subjecerunt, eodem Scto, quo de partu agnoscendo, cautum fuit. *l.* 1. *in pr. h. t.* Fuit hoc *Planeianum. l.* 3. §. 1. *h. t.* de pœna vero partuum subjectorum, agendi locus est *inferior*, in libris *terribilibus*, quos vocat Justinianus. De agnoscendo partu, post divortium, hoc modo agebatur. Mulier, aut si filiafam. sit, pater ejus denunciat marito, vel ejus patri, ipsis, aut ad domum ubi lar est, quæ hospitium vocatur in *l.* 1. §. 2. *h.* qua de re dix. *P.* 2. *Digress. l.* 1. *c.* 12. *n.* 3. idque intra dies XXX. continuos a divortio numerandos, quod prægnantem se putet esse. *l.* 1. §. 1. & 6. Si post dies 30. denunciet, cum facilis sit error calculi in talibus, causa cognita, deinde tamen audietur. §. 7. Quin si plane omissa sit denunciatio, partui tamen non præjudicatur in quæstione principali. §. 8. Denunciatio enim pertinet tantum ad *provisionem*, quam vocant, respectu alimentorum, non ut quod natum est mariti proles habeatur. *d. l.* 1. §. 14. Maritus denunciatione facta, si non habeat causam negandi, quod ex se prægnans sit, mittere debet custodes ad ventrem custodiendum, ne suppositio fiat. §. 3. Si putet ex se uterum non esse, potest contra denunciare, non esse ex se prægnantem. Quo facto non cogitur agnoscere prolem, nisi vere ipsius fuerit. §. 4. In quam rem opus judicio vel principali & pleno, cum quæritur, an suus hæres sit, §. 12. vel summario, si de alimentis quæratur. *l.* 5. §. 8. *h. t.* Nec si in hoc aliquis sit condemnatus, in altero præjudicatur, *l.* 5. §. *meminisse* 9. *h. t.* ut recte, quos noverim, tali judicio damnati, injuriam sibi fieri, quod patres & adfines vocarentur, præ se tulerint. Si vero maritus nec miserit custodes, neque testatus sit contra, tenetur ad agnoscendum & alendum, *d.* §. 4. rursus absque præjudicio veritatis & successionis. *d.* §. 12. 13. & 14.

2. (b) De hac autem, pleno judicio deinde quærendum, sive post divortium, sive etiam constante matrimonio partus sit editus; de quo casu cum Planciano Scto nihil esset cautum, aliud Senatus-consultum Hadriani tempore factum est. *d. l.* 3. §. 1. Potest autem filius constante matrimonio natus, negari filius esse, vel jus filii habere, tribus ex causis; prima, si mater negetur fuisse legitima uxor, quo casu præjudicio locus esse dicitur in *d. l.* 3. §. 4. quod an non est quartum præjudicii exemplum, præter illa tria, quæ sola agnoscit. D. Wissenb. *h. t. th.* 11.? Quæstio principalis ibi est de statu filii; *præjudicialis*, *an mater ejus uxor fuerit*; cujus decisio præjudicium faciet alteri; quamlibet non necessarium. Potest enim fieri, ut tametsi constet, matrem fuisse uxorem, filius tamen non sit ex marito; tametsi hæc sit præsumptio & regula juris, *Pater is est, quem Nuptiæ demonstrant. l.* 5. *de In jus voc.* Quæ regula valet, quamdiu contrarium non probatur. Contraria probatio conficitur, vel probatione subditi partus, ut ne quidem ex uxore natus, vel quod a marito non sit genitus.

3. Et

(a) *Pos.* 1. 2. & 3. (b) *Pos.* 4.

3. Et hoc probatur, si, *verbi gratia*, maritus ab uxore tam diu absuerit, ut naturaliter ab eo genitus esse non potuerit: veluti si quis *per decennium absens, reversus anniculum domi suæ offendat. l. 6. de His, qui sui vel al. jur.* Sed qui cum uxore sua assidue versatus filium ex ea natum agnoscere non vult, ferendus non est, *d. l. 6.* etsi uxoris castitatem fidemque merito suspectam habeat, imo etsi adulteram esse constet, quia fortior est illa præsumptio Legis: *Patrem esse, quem nuptiæ demonstrant. d. l. 5.* Quæ non nisi plena probatione revinci potest, artificiali vel inartificiali; hac per testes aut scripturam, illa per argumentationes necessarias. Qualis procul dubio, illa decennalis absentia in *d. l. 6.* Sed an decem mensium absentia sufficit? Videtur, quia hoc tempus est longissimum, quo partus in utero esse queat. *l. ult. C. de Postum. hered. instit.* Quanquam, si matrona procul ab omni suspicione absit, secus multi existimaturi sint, per ea, quæ Sandius habet in *lib. 4. tit. 4. Decis. 10.* & a nobis scriptum est *part. præc. p. 35. & 36.* Si causæ in deterius suspicandi extent, facilius absentia decimestris admittetur ad reprobandam prolem, quemadmodum usu venit in causa Leotychidis, Agidis Spartani regis filii. Decimo quo Agis ab uxore Timæa absuerat mense, natus erat, dum Alcibiades ille famosus luxuriæ artifex egerat Spartæ. *Reversus* pater invenit filium, Timæam vero suspectam in Alcibiade, ex domesticis testimoniis. Et compertum erat, ipsam mulierem sæpius filium, Alcibiadis nomine vocitasse. Quare pater negaverat eum ex se natum. Moribundus agnoverat filium. Rejectus tamen, & Agesilaus patruus regno potitus est, Xenophonte teste *lib. 3. Hist. Gr.*

4. Si cui filius nascatur perfectus, ex legitima uxore ante septimum mensem a nuptiis & a primo congressu inchoatum, hunc virum agnoscere & alere non cogi, sæpe dictum est, per *l. 12. de Stat. hom.* In Anglia secus esse moris & juris, scribit Auctor non levis Emmanuel de Meteren: *In Anglia*, inquit, *admodum rigide servatur regula*; Pater est, quem nuptiæ demonstrant? *Nam si vir ducat in uxorem viduam, ignarus prægnantem ex alio viro, infans erit præsentis viri proprius. Similiter, si quis puellam ducat in uxorem, ignorans impletam ab alio, proles erit viri propria & heres ejus, qui matrem duxit in uxorem.* Ita Meteranus *Hist. Belg. lib. 14. cap. de Legibus & institutis civilibus Anglorum.* quod an etiamnum obtineat, suo loco relinquimus. Idem adhuc obtinere, statuit D. Chamberlanus in *nov. Stat. Angl. c. 18.* In regni utique successione illos non agnoscere infinitam illius regulæ nuptialis vim, nuper abunde significatum est. Non abhorret hinc exemplum, quod *positioni nostræ quartæ* subjecit Thomasius, nisi quod auctorem & tempus editum oportuit.

SCHOLIUM.

Hinc judicari potest de decisione in supremo Parisiensium auditorio facta. Mulier quædam a judice ecclesiastico separationem temporariam a marito suo impetraverat, impotentiam ejus prætendens. Durante vero tempore separationis, ex Titio filium procreat, eumque consensu Titii tanquam ex eo prognatum baptizari curat. Postea coram alio judice querelam impotentiæ mariti sui repetit, seque cum Titio copulari petit. Judex rerum antea actarum ignarus, condescendit, propterea cum maritus mulieris, haud dubie & ipse ab uxore adultera liberari cupiens, se impotentem esse agnoverit. Jungitur igitur Titio per benedictionem sacerdotalem. At Titii cognati fraudem detegunt ostendentes, maritum priorem impotentiam suam per mendacium agnovisse. Declaratur itaque matrimonium cum Titio nullum. Bene. Sed & insuper filius pendente separatione progenitus, quem mulier ex Titio conceptum affirmaverat, Titiusque ipse consenserat, marito priori, tempore separationis uxorem suam haud frequentanti, adjudicatur. Ratio decisionis quæritur in regula hujus positionis. Jam quid videtur?

N. ADDIT.

Desiderat auctorem & tempus Auctor. Auctoris quidem recordor, unde hæc excerpseram, sed non temporis. Auctor idem est. ex quo alium notabilem casum retuli in Scholio ad tit. Inst. de Locat. cond. *n. 11. relato, Lucien Suefve, sive Lucianus Suavis in nova sylloge quæstionum notabilium in Audientiis Parlamenti Parisiensis decisarum,* centuria 4. cap. 95. *Contenta hujus libri vide relata, in Actis Eruditorum Lipsiensium* mense Martio & Aprili anni 1685.

Cæterum, si quis omni tempore uteri gesti apud uxorem moratus sit, is pater est; nisi constet, maritum valetudine aliave causa impeditum tanto temporis spatio cum uxore non concubuisse, ut infans ex eo natus esse non possit. *d. l. 6 de His, qui sui vel al. jur.* Tametsi forte solius morbi probatio non sufficiat, ut visum est aliquando Curiæ nostræ,

apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 8. *def.*10. Inartificialis probationis, per testes & instrumenta, non ita pridem notabile exemplum in Curia nostra disceptatum est, inter *Thomam van der Mark*, *& Christinam Tæpkens pro se & filio Jacobo van der Mark*. Quæstio erat de hæreditate Johannis van der Mark, in Frisia defuncti, cujus se Christina uxorem, & Jacobus filium ferebat. Et quidem illa, tametsi nec sponsalia, nec ducendi ritum, nec promulgationem, aut celebrationem ecclesiasticam probaret, quorum vir nihil unquam adhibere voluerat, tamen se pro uxore habitam, honoratam, & appellatam, abunde probabat; quod ut jure civili, ita apud nos, pro jure uxorio & conjugali sufficere, plus semel dictum est. Puerum se peperisse Ultrajecti, dum vir esset in Frisia, probabat per obstetricem aliasque testes, quem a patre quoque pro filio agnitum, satis constabat. Ab altera tamen parte probabatur, ex codice baptisterii Ultrajectini, illo tempore quo puer natus erat, ex eadem domo oblatum esse baptismo puerum ejusdem nominis, sed ex alia matre, cujus nomen erat additum, propinqua Christinæ. Maritus obstetricis, uxorem fuisse corruptam pecunia & chirographo centum carolinorum, testatus erat; etsi hic iterum ab aliis ebrietatis & levitatis insimulabatur; quemadmodum utrinque circa testes mirifice perplexabatur ipsa Christina, falsi aliunde convicta, nec boni moris ἰογγωσος. Cum hæc ratio, tum fides testium, & baptisterii publicum inprimis monumentum, fecit, ut Curia filium pro subdititio habuerit, atque ab hæreditate excluserit, admissa licet muliere ad jus pauperum viduarum. *Ante magnas ferias* 1682. Nuper in alio non paulo magis illustri theatro, probationem immediatæ nativitatis exhibitam vidit mundus; an sic satis fidelem, fama distulit, *tam ficti pravique ferax quam nuntia veri*. In dubio valere regulam, *Pater est, quem nuptiæ monstrant*, non esse dubium, sine veri præjudicio satis constat *ex prædictis*; nec minus verum, *grande præjudicium pro filio, confessionem Patris*. *l.* 1. §. 12. *in fin. h. t.*

5. (c) Pater igitur liberos suos non modo agnoscere, sed alere cogitur, *d. l.* 1. §. 14. atque ad hoc ipsum extra ordinem compellitur, & coercetur. §. 3. *d. l.* 1. Nempe, si potest, si extrema egestate non prohibeatur. Nam hac causa poterat olim pater filium suum recens natum exponere, quod antiquitus apud Græcos & Romanos usitati moris fuisse, constat, & probatum a nobis est *Lib.* 2. *Digress. cap.* 5. ejusque moris vestigia extat in *l.* 29. *de Manumiss. testam. & l.*16. *C. de Nupt.* Sed absque causa egestatis extremæ, vel postquam infans fuit sublatus, id est susceptus ad alendum, qui infantem publicis etiam locis aliorum misericordiæ, quam ipse non habuit, exposuit, si infans inde sit mortuus, necasse videtur, *l.*4. *h. t.* si vivus servetur, extra ordinem coercetur. *l.* 2. *C. de Infant. expos.* Postea Constantinus hanc etiam exponendi ob egestatem licentiam sustulit, ejusque loco substituit venditionem infantis sanguinolenti, id est recens nati, *l.* 2. *C. de Pat. qui fil. suos distr.* qua de re nos egimus in *d. lib.*2. *Digress. c.*5. Hæc aliter paulo Præceptores nostri D. A. Matthæ. *tract. de Crim. lib.* 47. *ff. tit. ult. c.* 2. Wissenb. ad *h. t. th.* 17. Moribus, servitute sublata, vendendi licentia quoque sublata est, adeo ut parentes nunc, etsi egentissimi, liberos suscipere & alere cogantur, etsi eleemosynas pro illis sint collecturi; exponentes ea, quæ dicta est, pœna adficientur. Ne quidem a liberis extra matrimonium susceptis, ex adulterio licet, ac incestu, alendis pater excusatur, non obstante *Nov.* 89. *c. ult.* Ad quam respondimus, & totum hunc articulum absolvimus, in *prælect. ad Inst. p.* 271. *sq.* ac ita aliquandudum consultus respondi viro, qui in florenti ætate, anu divite ducta, duos ex ejus ancilla liberos sustulerat, quos cum apud matrem diu aluisset, sumptum gravatus, destituere cupiebat. Dissent. D. Wissenb. *h. th.* 16. & Struv. *Ex.* 30. *n.* 79. Quin & matri patrem ejusmodi liberos concedere alendos, & sumptum præbere cogi, humanum est, ut Curiæ nostræ visum apud Sand. *lib.* 2. *tit.*8. *def.* 1. In casu divortii per culpam viri commissi, hic etiam matri sumptum ad liberos alendos præbere debet; si matris culpa sit, pater liberos servat ac alit; nisi pater sit pauperior & mater locuples, tunc ipsa suo sumptu liberos alere jubetur in *Nov.* 117. *cap.* 7. Hæc ita parentibus injunguntur, si liberi se ipsos exhibere nequeant, seu propriis facultatibus, sive opificio, vel ministeriis *l.* 5. §. 7. *h. t.* Ingratitudo filii gravis, & forte talis, ob quam datur exhæredandi facultas, parentem quoque ab alendi onere liberat. *d. l.* 5. §. 11. Si luxu bona sua perdiderit, tamen alendum esse, ait Struv. *d. Ex.* 30. *num.* 76. quod

(c) *Pos.* 5. 6. 7. 12. & 13.

quod est verum, si vere miserabilis sit, non si validus & pauper. Huic recte Apostolicum illud occinetur: *Qui non laborat, non edat*. *d. l.* 5. §. 7.

6. (d) Post patrem, mater ad alendum tenetur, quoniam hoc onus pietatis, non patriæ potestatis est, & quidem vulgo quæsitos sola, reliquos si pater non possit; etiam liberos trimo majores; ait *l. pen. C. de Patr. pot.* siquidem ante triennium per se lacte materno ali soleant. Consequenter & avus maternus ac avia tenentur, *l.* 5. §. 14. 5. 6. *N.* 117. *c.* 7. scilicet, si liberi de suis bonis ali nequeant. Si vero mater & avia sponte, liberos aut nepotes bona propria habentes aluerint, habent jus repetendi, si hunc animum testatæ sint, aut in rationes suas retulerint impensas. *l.* 11. *C. de Negot. gest. l.* 34. *D. eod.* Denique, si dum res filiorum aut nepotum administrabant, eos aluerint, repetendi animum habuisse videntur. *d. l.* 34. Sand. *lib.* 2. *tit.* 8. *def.* 3.

7. Moribus hodiernis, universali bonorum communioni, vel saltem societati, quæ ubique viget, lucri atque damni conjugalis, est consentaneum, ut onus alendi liberos commune sit utrique conjugi, ut de Hollandia quoque testatur Grotius *lib.* 3. *Introd. part.* 35. *n.* 20. Groenevvegius *ad l.* 5. §. 14. *h. t.* D. Joh. Voetius *ad h. t. n. ult.* qui id ipsum adfirmat, si divortium ob alterius conjugis delictum sit factum; ut tamen facile audiendus sit, opinor, conjux innocens, quo, si ipse non nisi ægre liberos exhibere possit, opus illud alteri magis copioso injungatur. *d. N.* 117. *cap* 7. Cum hæc res apud nos, ubi societas lucri & damni omniumque onerum & commodorum matrimonialium ipso jure viget, eodem modo se habeat, nec quisquam dubitet, quin & sumptus alendi liberos, societati ac utrique conjugi, partibus æquis imputetur, non intelligo, qua ratione scribat hoc modo Sandius *lib.* 2. *tit.* 8. *def.* 1. *in f. Si filius patrem habeat locupletem*, inquit, *mater ab ipso repetet, quod alimentorum causa*, de quibus ibi loquitur, *in filium expendit*. Accipiebam hoc ita; ut partem dimidiam repeteret, si totum expendisset. Verum hanc interpretationem non patiuntur sequentia Sandii: *Mater enim alimentis præstandis obnoxia non est, si liberi patrem eundemque satis locupletem habeant. l.* 5. §. 14. *de Liber. agnosc. l.* 43. *de Jur. dot.* Et jure civili, quo totum onus familiæ viro incumbebat, argumentatur ad usum soli & seculi nostri, quo familiæ sustentandæ onus est commune. Refert tamen, ita a Senatu Supremæ Curiæ esse judicatum, quod non potest aliter quam in casu divortii judicis auctoritate facti, quo cessat communio matrimonialis, intelligi: per consequentiam communionis hac parte inter patrem & matrem infantis, dicendum videtur, patre vel matre deficiente, avum aviamque paternos maternosque, sine discrimine sexus aut lineæ, sed pro modo facultatum cujusque, teneri ad alendum. Sed quamdiu alter ex parentibus primi gradus sufficit, ad ulteriores coactio non producitur, eaque ita servantur, ut puto. Liberti olim patronos alere cogebantur. *l.* 5. §. 18.

8. (e) Parentes ad alendum non tantum civili, sed etiam jure & ratione naturali tenentur; quatenus quos procrearunt, iisdem ut subsistere queant, præstare debent. Ut vicissim liberi parentes inopes alant, eadem quidem necessitatis ratio non flagitat, pietas tamen & gratitudo id ipsum acerrime commendant, officiumque illud in necessitatem a Lege convertitur, non modo in primis, sed etiam in ulterioribus, utriusque sexus adscendentibus *d. l.* 5. §. 2. *h.* Fratrem atque sororem, ad alendos se invicem compelli, nusquam diserte proditum est; citantur quidem Lex 73. §. 1. *de Jur. Dot. & l.* 20. *D. Sol. matrim.* sed hæ nihil, quam valde æquam & probabilem causam videri, significant. Neque *Lex* 4. *D. Ubi pupill. educ.* cogendi facultatem probat. Nam quod tutori alimenta sororis pupilli reputantur, id probabilem justamque fuisse impensam, non ad quam pupillus cogi potuisset, indicat. Idem ad *L.* 12. §. 3. *& L.* 13. §. 2. *de Administr. Tut.* tenendum. Etsi per has Leges, & magis per æquitatis rationem, communis est sententia, fratres atque sorores, tam uno quam utroque latere conjunctos, ad alendum cogi posse, probante auctoresque laudante Sandio. *l.* 2. *tit.* 8. *def.* 2. Ut tamen in concursu, cum is, qui ab utroque latere junctus est, sufficit, ὁ μονόπλευρος prætereantur, per ea, quæ Sandius *ibidem* pro uterinis fratribus disputat. Hoc idem recte, non cogi fratrem aut sororem, qui quævе suis manibus ipse vel ipsa victum duriter exerceat. Post fratres sororesque, ratio propinquitatis remissior est, quam ut necessitatem & cogendi vim addere possit,

(d) *Pos.* 8. (e) *Pos.* 10. 9. & 11.

possit, adeo ut nec patrus alere cogatur fratris sui filios, ut Sandius *ibidem in fin.* & Wissenbachius *h. n.* 17. ubi respondet ad argumentum a successione ab intestato petitum, quod urget Fachinæ. *Contr. c.* 61.

9. Quid igitur de pauperibus, qui se ipsos tueri, vel ex suis bonis se exhibere non possunt, a quibus alendi, siquidem fami illos dedere nefas? (Quid sub alimentis omnino contineatur, videbimus ad *tit. de Aliment. Legat.*) Plane bifariam habentur pauperes; aut in cœnobiis, aut sparsis domibus. Cœnobia sive communes convictus, sunt varii generis. Xenodochia sive hospitalia, in quibus hospites, sive peregrini pauperes. *Nosocomia* pro ægrotis. *Orphanotrophia*, pro orphanis. *Brephotrophia*, pro infantibus. *Gerontocomia*, in quibus senes. *Morotrophia*, in quibus insani aluntur. Et de his, qui ad ejusmodi publicas domos pertinent, nulla est quæstio. Verum multæ id genus non publici & promiscui usus, sed privatæ aut limitatæ dispositionis habentur: de quibus ex cujusque legibus & institutis judicandum. De cæteris sparsim habitantibus, frequentior ambigendi causa & usus venit. Summa Quæstio est; ad rempublicam, an vero ad universitates particulares, onus alendi pauperes spectet. Receptumque est posterius, ut tamen universitates aliæ, quam oppidorum & pagorum, non intelligantur, sicut in Belgio passim obtinuit. Sandius *d. tit.* 8. *def.* 4. Verum in oppidis & pagis duplex est universitas, una habitatorum quorumvis, altera ecclesiarum. Proinde ad has earumque Diaconos remittuntur pauperes, qui consortes ecclesiæ sunt. In quibusdam locis etiam illorum liberi, etsi in plerisque orphani impuberes, ad communitatem pertinent; quæ tum ad reliquis omnibus prospiciendum tenetur. Ecclesiæ prohibitæ aut toleratæ, solent etiam suos alere, cogi tamen non possunt, quia non agnoscuntur, nec habent personam standi in judicio. Quæsitum est, si heterodoxi cum orthodoxis pactum de alendis pauperibus iniverint, an ad hoc servandum cogi possint, quia persona standi in judicio careant. Si ecclesiæ sint plane prohibitæ, non videntur posse conveniri, cum hoc supponat earum consistentiam; verum si tolerantur, potest adversus eas agi, ut stent, quamdiu tolerantur, quomodo Curiæ visum est, *inter Diaconos Ecclesiæ Snecanæ, & Inspectores Ecclesiæ ibidem anabaptisticæ, Ante magnas ferias* 1680. Quia vero creberrimæ sunt lites inter universitates, de pauperibus aliunde ortis & alibi ab inopia deprehensis, expedit hoc aliqua temporis nota discerni: in quem usum Ordd. Frisiæ prudenter *quinquennium* præscripserunt. Ut si qua persona vel familia, egestate alicubi oppressa sit, E quinquennium illic habitaverit, ibidem alenda sit: quinquennio nondum elapso, ad locum originis remitti possit. *Edicto d.* 30. *Mart.* 1660.

10. Habent in more positum civitates quædam & pagi, ut homines sæpe gnavos & industrios arceant a finibus suis, metu futuræ inopiæ, si forte viduas orphanosque relinquant, nisi fidejussoribus in futurum caveant; sed male; neque ex publico bono, quod hominum multitudine enixe promovetur: neque res humanæ ut ab omnibus incommodis futuris eximi queant, ita sunt comparatæ. Proinde nec universitas, in qua degunt homines necdum alienæ opis indigi, sed quibus egestas, ut ambulator, appropinquat, alteram, unde oriundi sunt, cogere potest ante quinquennium, ut illos recipiat; jus enim illud remittendi, non nisi paupertate cervicibus incumbente, nascitur; ut Curia censuit in causa *Foppii Gellii cum soc. nomine pagi Wirdumensis*, contra *Patronos pagi Warregaa ante magnas ferias* 1690. Plura ad hanc rem spectantia, contulimus in *Jurispr. hodiernæ lib.* 1. *c. ult.*

11. An alumni ex alimentis perceptis ad aliquid obligantur? Diximus, si qui sponte propinquos patrimonio non destitutos aluerint, hos in dubio ad restituendum obligatos habere alumnos, atque si hunc animum testati sunt, absolute. Si quis vero egenum sponte aluerit, pietatis ac eleemosynæ causa fecisse videtur, nec ideo, licet postea locuples factus sit, adversus invitum habet actionem, nisi hunc animum testatus sit. *arg. l.* 11. *C. de Negot. gest. l.* 34. *D. eod.* Quod si coactus aluerit, an potest hunc animum induere, ut si deinde alumnus bona consecutus sit illum habeat obligatum & repetat impensas? De liberis a parentibus altis, certum est non posse, cum alimenta ipsis, non secus ac æs alienum, debeatur. *arg. l.* 5. §. 15. *in fin. de Inoff. testam.* Idem de parentibus a liberis altis videtur. *arg. l.* 15. *in pr. eod. tit.* In fratribus atque sororibus, alia ratio esse videtur; quia nec legitimæ petitionem, quæ ad alimenta spectat, regulariter habent, nec in legibus usquam necess-

cessitas illis imponi dicitur. Quando igitur his fratres injunguntur alendi, videntur ita se comparare posse, ut si aliquando frater abundet, is ad restituendum teneatur. Idem de remotioribus, si propinquos egenos aluerint, haud dubie tenendum. Repetere possunt, si de hoc eorum animo constet olim: aliter non possunt agere, ex pietate eleemosyna præstita. Quod ita de cœnobiis, diaconiis, publicisque pauperum curatoribus? Repetere possunt ex pacto, lege, vel consuetudine: quæ non solent in tempus post alimenta percepta dirigi; sed frequenter ita, ut si quid pauperibus, dum aluntur, obveniat, hoc ipsis cedat, modo sumptus factos non egrediatur: hujusmodi consuetudines sunt justæ; magis tamen laudabiles, quæ fortes bonorum propriorum, si quæ sint, orphanis relinquunt, reditibus altores jubent esse contentos. Præterea respublicæ, aut aliquando privati, solent educare alumnos ad studia. Possuntne petere ab illis, ut sibi deinde ministerium doctrinæ suæ præstent? Non possunt, nisi, ut dictum, ex pacto, vel lege, qualem heic esse in Frisia, de provinciæ alumnis intelligo. Sicubi nihil legis vel pacti inveniatur, jus commune sequendum. Ea de re exemplum Pastoris Leovardiensis Hagam Comitis vocati, qui fuerat alumnus ejusdem civitatis, ex Nautæ decisionibus retuli, in *Jurispr. vernac. lib.* 2. *c.* 23. *n.* 39. (f) Postremo, an hæredes eorum, qui alere coacti sunt, tenentur ad continuationem alimentorum? Videntur, utique hæredes liberorum, qui parentes aluerunt, eoque magis hæredes parentum, qui liberos aluerunt, utique in casu extremæ egestatis, quo coactio ad alimenta locum habet dumtaxat. *l.* 5. §. 17. *h. t.*

TIT. IV.

De inspiciendo Ventre, Custodiendoque partu.

(a) PRæcedentia Senatus-Consulta non habuere locum, si mulier dissimularet vel negaret se esse prægnantem. *l.* 1. §. 1. Quod si contingat, ut post divortium mulier se prægnantem esse neget, vir aliter persuasus, & pater esse cupiens, potest mulierem vocare ad prætorem, & rogare; si negare perseverat, mittere potest obstetrices ad ventrem inspiciendum; quæ, vel earum duæ si renunciaverint esse prægnantem, custodes apponuntur. *d. l.* 1. *pr.* & §. 1. Si mulier nolit, pignoribus captis, aut mulctis cogi potest. §. 3. Aliam vim illi adhibere nefas est, ne quidem ut, dum inspicitur, ventrem invitæ ulla tangat. §. 10. Similis exploratio fit, cum mulier, mortuo marito, se prægnantem esse adfirmat, sed quia tum majus vertitur præjudicium agnatorum gentiliumque, per quinque obstetrices mulier exploratur, eo modo, qui prolixe & curiose describitur in *d.* §. 10.

SCHOLIUM.

Neque hodie hic titulus plane est inutilis, præprimis in viduis nobilibus. Vid. Hahnium *ad Wesenb. h. t.* Schilter. *Exercit.* 39. *th.* 125. 127.

TIT. V.

Si Ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem Possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

(a) VIx opus est pluribus verbis, quam sunt in Rubrica, modo hoc sciamus; viduam prægnantem mitti a Prætore in possessionem bonorum mariti defuncti, ventris nomine, ut in *pr. l.* 1. *h.* obiter ponitur, & plenius traditur in *tit. ff. de ventr. in poss. mitt.* Hæc si impetrata bonorum possessione, dolo malo eam ad alium, qui bona forte dissipet, fructus consumat, neque solvendo sit, transferat; datur actio propinquis mariti, aut substitutis, in id quod interest, perpetua contra mulierem, vel ejus patrem in cujus potestate est, quatenus ille doli particeps sit, aut ad eum pervenerit. *d. l.* 1. §. 1. & *ult. l.* 2. §. 1. *h.* Is vero, in quem translata fuit possessio, per interdictum ex illis jubetur decedere. *l.* 1 §. 2.

TIT.

(f) *Pos.* 14. (a) *Pos.* 1. & 2. (a) *Pos. un.*

T I T. VI.

Si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causa esse dicatur.

(a) QUod si mulier calumniose mentita se esse prægnantem, Prætori subrepserit, ut in possessionem mitteretur, propinqui aut substituti, agunt in id quod sua interest, actione famosa. *l. un.* §. 3. 6. 7. *h.* juncta *l.* 15. & *sequ. De his, qui infam. not.* Si mulier, hærede deferente, juraverit se esse prægnantem, hac actione non tenetur; sed de natalibus infantis deinde tamen, ubi natus fuerit, quæri poterit. *l.* 1. *in pr. h.*

T I T. VII.

De Concubinis.

I. Definitio Concubinatus, & an Mariti concubinas habuerint. II. An Concubinatus sit licitus. III. Concubinatus alia species, improprie dicta, & magis honesta.

(a) PRoxima uxori est concubina, quæ cum cœlibe vivit uxoris loco, sine titulo & dignitate uxoris. Cum cœlibe diximus: nam quo tempore aliquis uxorem habet, concubinam habere non potest, ait Paulus 2. *Sent.* 20. Idemque neglectum, ut videtur, denuo sanxit Constantinus in *l. un. C. de Concubin.* De facto, mariti sæpius amicas suas videntur appellasse concubinas, quod nomen honestius erat, quam amicæ & pellicis, cujus multo turpior erat appellatio, ut est apud Gellium *l.* 2. *c.* 3. & *l.* 144. *de V. S.* Præter quod pellicis appellatio cum respectu ad uxorem dicitur: Jovis amicæ pellices Junonis. Ita Cicero concubinam vocat, quæ ducta erat a Patrefam. Romæ, qui uxorem habebat in Hispania, 1. *de Orat.* & cum Marcianus *in l.* 3. §. 1. *h.* per concubinatum negat adulterium committi, maritos habuisse concubinas, evidenter significat, quidquid D. Wissenbach. ad *h. t. th* 22. arguetur.

2. (b) Quando tamen concubinatum in jure dicimus permissum, de cœlibum amicabus loquimur: quas fuisse permissas, tam est indubitatum quam quod certissimum, ut videre licet in *l.* 1. *pr.* §. 1. & §. *ult. l.* 3. §. 1. *h. l.* 41. *de Rit. Nupt.* quod demonstratum, atque ab objectionibus vindicatum, *in lib.* 2. *Digress. cap.* 11. Nec usquam hoc jus mutatum liquet ex *N.* 12. *c. ult. N.* 89. *c.* 8. ubi quod in *pr.* dicitur, naturales veteribus incognitos fuisse, id de effectu successionis legitimæ est accipiendum, per *l.* 17. §. 4. *ad SC. Treb. l.* 7. *pr. de confirm. tut.* Moribus christianis, concubina nihilo melior est quam vaga amica, & inter naturales atque spurios nihilo plus discriminis est, quam quæ ex certitudine aut incertitudine patris oriatur, quod & Leo in *Nov.* 91. constituit. Wissenb. ad *h. t. th.* 23. 24. 25. Nec ideo jus civile, maxime Impp. christianos defendendos, sed excusandos arbitramur, quod veterem vagæ libidinis licentiam hac concubinatus licentia, cum penitus cohibere non possent, circumscribere maluerint. Nam ejusmodi indulgentiam ex gravi causa esse licitam, exemplum Mosaicum in divortio, Judæis propter duritiam cordis eorum permittendo, satis demonstrat. (1) Laudare juris auctores concubinatum, nusquam liquet. Nec id probant verba *l.* 1. *in fin pr. h. t. Honestius est patrono, libertam habere concubinam, quam matremf.* Item quod libertabus,

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. & 4.

(1) *Heineccius in* Element. iur. ad h. t. *probat, concubinatum Romanorum fuisse velut inaequale conjugium, ita ut concubina uxoris loco fuerit, ob uxore solo delectu, animi destinatione & dignitate differens.* Paul. sentent. 2. 20. l. 49. §. 4. de leg. 3. *ita ut constante matrimonio nemini liceret concubinam penes se habere*, l. un. C. h. t. *neque in concubinam assumi posset illa, quae propter cognationem vel adfinitatem in matrimonio esse non poterat.* l. 1. §. 3. h. t. l. 56. de rit. nupt.

bus, patronorum concubinis, *honestas matronarum* adscribitur in *l.* 41. *de Rit. Nupt.* ut probavimus *d. cap.* 11. *lib.* 2. *Digress.* Adde quæ dix. *part.* 2. *Digr. lib.* 1. *c.* 2. *n.* 2. & 4.

3. Est & aliud genus concubinatus, quod pro conjugio haberi potest, etsi requisita quædam & effecta juris civilis ei desint. Exempli causa; Inter servum & ancillam, jure Romano contubernium esse dicitur, non matrimonium, *l.* 3. *C. de Incest. nupt.* ubi graviter animadvertitur in decuriones, qui ancillis alienis se junxerint, etsi revera ad ipsum matrimonii naturam in tali conjunctione nihil desideretur: quo pertinet *inæqualis conjugii* appellatio, in *l.* 3. *C. de Natural. lib.* Matrimonii enim essentia videtur adesse, quando indissolubilis unius cum una conjunctio inita & continuata est, ut Grotius differit *lib.* 2. *de J. B. & P. c.* 5. *n.* 15. Verum ut talis conjunctio inculpata videri queat, contrahentes id palam præ se ferre oportere videntur, ita quemadmodum in exemplis prædictis usu venit. Nam ejusmodi clandestina conjunctio, licet hoc animo, ut indissolubilis sit, tamen si absit titulus honosque matrimonii, coram ecclesia ac hominibus non videtur honestati, nec scopo nuptiarum in liberis, qui illegitimi nascuntur, satisfacere: etsi vulgo *mariage de conscience*, matrimonium conscientiæ appelletur. De tali autem conjunctione, intelligi volunt pontificii concilium Toletanum, de quo est *can. Is qui & can. seqq. Dist.* 34. Adde Grotium *d. loco & in not.* ubi Augustini auctoritas in eundem finem. Wissenb. *ad h. tit. th. ult.*

LIB.

LIB. XXVI. TIT. I.

De Tutelis.

I. De Tutela, remissive. II. De Cura similiter. III. De Cura maritali in uxorem & bona ejus. IV. Non posse mulierem sine viro stare in judicio, sub except. V. Vir tamen non potest solus alienare, vel obligare bona mulieris. VI. Mulierem nec alienare, aut obligare se, aut virum, aut bona sua posse. VII. Cessare hanc curam, si vir ipse sit in Cura. VIII. Per pactum. IX. Per divortium, & X. Per interdictionem, quae an ex inopia fieri possit. XI. Quando vir in certis causis se non gerat ut Curatorem. XII. Mulierem licite cum viro agentem, non egere Curatoris. XIII. In rebus ad Oeconomiam spectantibus. XIV. In Negotiationem publica, quam mulier cum viro exercet. XV. De judicis officio, si maritus contradicat. XVI. Fidejussiones excipiuntur, an & donationes. XVII. Cessare in obligationibus quae ex re veniunt, item in ultimis voluntatibus curam mariti. XVIII. De alienatione rerum denuo. XIX. De Actoribus, Administratoribus, Adjutoribus & Tutoribus notitiae gratia datis, remissive.

(a) ABsolvimus primum juris personalis articulum, de nuptiis, cum suis appendicibus; sequitur alter de tutelis; cujus pleraque plena manu cum *ad Inst.* tum in *Digression.* executi, breviores heic esse poterimus. Definitionem tutelæ, verbotenus expositam dedimus in *lib.* 3. *cap.* 2. *Digress.* & *ad Inst. tit. de tutel. n.* 2. neque plura ad hanc Rubricam requiri videntur, cum divisio & cætera distinctis titulis sequantur: nisi addere velis, quod utilissimum observatu, de tutelis, quæ in gratiam & utilitatem tutorum magis, quam pupillorum sunt repertæ, collocatum in *d. lib.* 3. *cap.* 1. *Digression.*

2. De cura non est titulus specialis in Pandectis, sicut in Institutionibus; quoniam apud Veteres munus curationis lege XII.tab. non fuit constitutum, nisi furiosis, & dein ad prodigos lege Lætoria extensum; postea a Juris Consultis ad similitudinem tutelæ & ad alios casus productum, tamen sub tutela latebat. Unde nec ullam propriam actionem, sed utilem tutelæ pariebat, ac etiamnum parit; a Divo Marco postea munus ordinarium cura in minores facta est, ut probavimus in *lib.*3. *Digress. c.* 15. & *c.* 16. Quin hoc institutum curæ, progressu temporis latius propagatum est; adeo ut cura omnis in varias admodum species & usus, per divisiones expandi possit. in summa duplex ut sit, bonorum dumtaxat, aut bonorum una cum personis. De cura bonorum *tantum*, sunt varia exempla; quando creditores mittuntur in possessionem debitoris latitantis aut indefensi, quando ventri datur curator, quando ad singulares actus, ut ad divisionem, ad solutionem, ad litem, aliasque res innumeras, dantur curatores, de quibus in suis locis agetur. Pertinent huc etiam administratores, qui testamento ad curanda bona, pupillis jam habentibus tutores relicta, dantur. Sed ejusmodi curationes non sunt

(a) *Pos.* 1.

sunt munera publica, sicut est cura minorum: sed privata officia, quæ non nisi volentibus imponuntur, ut probat Sandius *l. 2. t. 9. Def.* 11. Cura, quæ publici muneris habet necessitatem, est vel minorum annis 25. vel aliorum extra puberes. De ultima specie titulum habebimus *infra* specialem, & de utraque habuimus *ad tit. I. de Curat.* ubi & de convenientiis & discrepantiis tutelæ atque curæ, earumque usu. Quibus additum velim, etsi tutelæ & curæ, sicut nomen ita jus hodiernis moribus confusum Belgici Scriptores testantur, ut Vinnius *ad tit. Inst. Quib. mod. Tut. fin. & ad. pr. I. de Cur. et n. 5. & seqq.* Grotius 1. *Introd.* 7. *n.* 1. aliique citati a Groenewegio *ad d. tit. Quib. mod. Tut. fin.* id tamen non ubique nec in Germania, de qua Gailius 2. *obs.* 96. nec sane in Frisia obtinere, ut Groenewegius *ibidem* & nos ad *d. tit. Inst. n.* 3. *in fine* probavimus. Credo etiam negari non posse, quod aliquæ supersint differentiæ, quas rei natura non fert esse abolitas, & quæ in progressu nobis occurrent.

3. Maritalis potestas, de qua non fuit adhuc locus sat commode agendi, solet etiam referri ad curam, ac ita fere ubique receptum est & loquuntur, virum esse curatorem uxoris suæ, *Man en Voogd.* Hoc enim vocabulum notat curatorem, sicut *Momber* tutorem. Ita Gudelin. *de jur. noviss. lib.* 1. *c.* 7. Grot. *introd. lib.* 1. *part.* 5. *n.* 27. *& seqq.* Herbaj. *rer. quotid. cap.* 13. Sand. *lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 1. ac alii passim. Existimo tamen, ut vocabulum *Voogd*, quamlibet potestatem significat, mariti potestatem in uxorem & ejus bona, non esse *curam* proprie dictam, sed potestatem sui generis maritalem. Etenim cura, quæ est bonorum una cum persona, sicut hæc species se habet, causam agnoscit ætatem, vel ex ratione juris antiqui, sexus imbecillitatem. Hoc autem maritale jus, non est ob ætatem, quia competit etiam in anus, neque propter sexum, * quia non competit in virgines aut viduas: præter quod viri non tenentur ac rationes reddendas, nec ad inventarium faciendum, neque confirmantur a magistratibus, quæ omnia secus in curatoribus se habent, de quibus *vid.* Sand. 2. *lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 1. E quibus nova ratio colligitur, hoc jus non esse curam; quia non tam est in gratiam eorum, qui sunt in potestate, sicut tutela & cura sunt, quam in utilitatem eorum, qui potestate sunt præditi, ut Herbajus quoque noster usurpat *rer. quotid.* 3. §. 12. Verum tamen est, hanc potestatem, si cura non sit, haud quaquam minus, imo ut ex illis speciminibus apparet, plus continere. Et esse ex institutis Germanorum, ut Grotius censet *d. c.* 5. *n.* 31. a jure Romano abhorrentem, quo viri potestas & curatoris auctoritas in eadem persona consistere non possunt. *l.* 14. *de Curat. fur. l.* 66. *& seqq. de Rit. Nupt.*

Quanquam autem hæc proprie CURA, ut dictum, non sit, ejus tamen vim & virtutem complectitur. Ideoque ubi primum puella nupserit, curatoris, quem habet; potestas in continenti finitur, ut Sandius *d. tit.* 4. *def.* 1. Quamvis etiam eo modo in bona uxoris detur, ut non minus in personam sit per consequentiam, quam id de minoribus adfirmatum est alias, ex *l.* 12. §. 3. *de Administr. Tut.* non complectimur tamen sub ea potestatem, quæ juris gentium & divini est, quæque subjectionem mulieris infra virum, & hujus principatum. *l.* 196. *de V. S.* comprehendit, citra *verbera* tamen, ut Grotius censet *d. cap.* 5. *n.* 29. Cura adeo, de qua heic agimus, ad bona proprie pertinet, atque ad personam mulieris, quatenus hæc ab administratione bonorum inseparabilis est, ut ex sequentibus patebit. Sequemur porro ejusdem Grotii filum.

4. *Vi hujus auctoritatis sive curæ vir*, inquit, *pro uxore* sine ejus voluntate ** *stat in judicio n.* 32. *Mulier contra non habet personam standi in judicio, nisi ex mandato viri. p.* 35. vel ejus auctoritate; *Gesterckt met de selve*, ut loquuntur. Si tamen vir absit, nec ejus copia vel consensus haberi possit, uxor admitti potest ad interventionem pro marito, sub renunciatione SCti Velleiani & cautione de rato, ut Sandius judicatum refert *lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 1. Cautio de rato, quam habet in sub-

* Immo vero ob sexus fragilitatem, quæ facit, ut mulieres apud Germanos, inprimis Saxones, sint in perpetua cura. A virginibus & viduabus ad Uxores non valere argumentum, res ipsa loquitur; neque tamen illæ sunt extra curam, Rationes non reddunt, inventarium non faciunt, a magistratu non confirmantur, immo utilitatem capiunt omnes illi, qui ipso Jure, legibus moribusque Germanicis sunt Tutores. Patris potestas solvitur in Saxonia filiarum nuptiis, certissimo indicio, maritum *der Eheliche Vogt*, in Cura habere uxorem, sui Juris existentem *a. pr. Id. Tutel. v. notata P. I. p.* 48.

** Quod in Saxonia nostra fallit, ob expressum textum *Ordinationis Proc. Sax. tit.* 8. § *da sie ehev.* verbis final. *und, die Ehemanner ohne sonderbare* curatoria, *oder zum wenigsten* Cautione rati, *nicht zugelassen werden.* Carpzov. P. I. C. 1. def. 21. quæ cautio rati remissa maritis O. P. 6. E. Noviss. ad d. t. 1. §. 2. p. 68.

subscriptione decisionis ejus, indicat, uxorem non modo intervenire maritumque defendere, sed etiam pro illo actionem instituere posse, quemadmodum omnes personæ conjunctæ, *l.35. in pr.* junct. *l.33. §.3. de Procurat.* idque ita in usu nostro servatur. Imo si vir longo tempore peregre fuerit, ut non constet ubi sit, vivat an secus, non est insolens, mulierem, ut cura viri liberam, simpliciter in suis rebus admittere, quod Curia censuit in causa creditorum *Titiæ Thomæ Oosterbaen*, contra *hæredes J. S.* qui moverant exceptionem adversus creditricem tali viro nuptam. 23. *Octob.* 1623. Contra maritum etiam mulier sola consistere potest, ut probavimus *ad tit. de Judic. n.* 14. etsi recentior usus velit, ut tali casu ei curator in litem adjungatur.

5. Pergit Grotius. *Vir potest alienare & obligare bona uxoris, etiam quæ extra communionem penes se recepit, pro lubitu suo, ut nec ejus consensu indigeat, n.*33. idque indistincte, res sint mobiles an immobiles. * Hoc satis enorme videtur, non modo contra jus civile, *l.8. C. de Pact. convent. super dot.* sed etiam ultra jus curæ, quæ tantum administrationem, non alienandi pro lubitu facultatem tribuit. Rectius nostræ Curiæ Δικασπολοι non agnoscunt res soli alienantem virum, nisi mulieris consensus liqueat, idque tam de rebus dotalibus quam paraphernalibus, ut docet Herbajus *c.* 13. *§.* 6. & testatur Sandius *lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 2. idemque de oppignoratione quotidie servatur, *arg. l.ult. C. de Reb.alien. non alienand.*

6. Grotius idem; *Si vir æs alienum quacunque e causa contrahat, mulier etiam post mariti mortem indistincte tenetur*, ** dum e contra mulier nec alienare quidquam, nec obligare se, vel bona sua, nisi auctore viro, potest. *d. loco n.*35. Si quid eorum fecerit, contractus est ipso jure nullus, ut probat Sandius *d. tit.* 4. *def.* 3. *vers. cum igitur mulier*; ut tamen, si mulier sine viro utiliter contraxerit, adversarius ejus, beneficio nullitatis uti nequeat, ut recte Sandius, convenienter juris communis rationi. *d. def.* 3. *vers. Hinc ex facto*. Enimvero utrum maritus præsens, non absens, in ipso negotio, an postea consensum adhibeat, cum utique tutela non sit, nihil refert, ut idem in *eadem Decis. vers. Porro cum hic*. Atque in eo jam maritalis potestas tutelarem & curatorem excedit, quod pupilli & minores non teneantur e contractibus tutorum & curatorum, nisi constet, in rem illorum versam esse pecuniam, ut ad *tit. Quand. ex fact. Tut. & Cur.* Vir autem uxorem obliget, etsi per luxuriam æs alienum sit contractum, ut occupavimus ad *tit. de Societ. n.* 8.

7. Addendi sunt casus, quibus cessat (incipit ab impletis nuptiis & cohabitatione, Herbaj. c.13. §.2.) hæc auctoritas vel cura maritalis: qui sunt vel tales, quibus omnino cessat, vel quibus in certis casibus locum non habet. Casus priores sunt hi. I. Quando vir ipsemet est sub cura, propter ætatem minorem, insaniam, vel prodigentiam; Tunc enim mulier, si minor sit, manet sub curatore proprio, quemadmodum ipse vir manet in sui curatoris auctoritate, nisi veniam ætatis impetraverit, ut Herbajus *c.*13. *§.* 3. & Sandius docet in *præd. tit. def.* 1. Sed pone, mulierem esse majorem annis 25, maritum minorem nec venia potitum, siquidem vir consenserit, etsi curator non sit, valere tamen contractum mulieris statuit Sandius, ut consentiat tanquam vir, non ut curator. *d. def.* 3. *vers. Quid si* 25. *annis minor*. Numquid igitur eget consensu viri, an vero sub hujus curatore erit, vel potius sui juris & auctoritatis censebitur? An vero tandem inspectorem aliquem & quasi curatorem habet? Eadem est quæstio, si vir fiat insanus aut prodigus. Sandius remittit ad Herbajum. Hic fluctuat, nec quid certi suggerat, habet in *d. c. p.* 13. *§.* 19. Ego nullus dubito, quin mulier ut sui juris consideranda sit. Cum enim nullius auctoritatem, nisi maritalem, matrona major annis 25. agnoscat; hac deficiente, non potest aliter quam soluta & libera curæ adspici. Ut mariti curatori subjiciatur, ipsi Herbajo absurdum videtur, de inspectore λογος οὐδεὶς & Herbajus proponit, nihil definit. Ergo nihil præ eo, quod diximus, reliquum. Nec aliter sentire visi Curiæ Supremæ Domini, cum Juris Consulto cuidam, dignitatibus functo, consilii prompto & callido, de

*In Saxonia nostra res immobiles dotales alienat, non nisi uxore consentiente & adhibito ab ea Curatore in litem. Paraphernalia alienat Uxor, consensu mariti, ut Curatoris legitimi, valide, nisi maritus pretium velit lucrari, quo casu etiam Curatore ad litem Uxori opus est, *Dec. El.* 24. Carpzov. P. *III. C.* 13. *def.* 10. 11.

** Non tenetur in Saxonia, si dotem & bona illata repetat, ne quidem de Gerada in subsidium, *O. P. 8. tit* 41. *§. und weil hierbey*. Carpzov. *P. II. Const* 14. *def.* 62. secus est si Morgengabam & Cibaria *des Mußtheil* petere velit, *d. O. P. 8. tit.* 41. *§. und weil. hierbey*. Carpzov. *P. III. C.* 36. *def.* 9. Vidua, quæ portionem statutariam accepit, ære alieno postea emergente, pro rata tenetur, Carpzov. *P. III. c.* 20. *def.* 46.

de quo haud inepte cives sui dicebant, eum omne consilium insumpsisse aliis, ut nihil sibi retinuisset; cum huic bonis interdictum & curator datus esset, de uxore ejus actum. Erat illa rebus suis gerendis haud quaquam apta, nec tamen prodiga vel insana. Curatorem mariti nihil in eam juris habere, pro certo erat. Igitur persuasum ei, ut ipsa curatorem eundem, quem maritus acceperat, quasi ob mentis inopiam, peteret. Si consilio valuisset, sibi relicta fuisset, quemadmodum fit de uxoribus furiosorum & prodigorum. Nec obstat ratio Herbaji. Potestas sive Cura maritalis, est in utilitatem mariti, & jus commodumque matrimonii, quod ideo retinet, quamdiu matrimonium durat: & sic maritus minor impedire poterit uxorem contrahentem, vel coget adhibere consensum; prodigi autem viri & furiosi curator, jus ejus hac parte custodiet. Responde; curam mariti esse jus commodumque matrimonii, si vir ejus sit capax, si non sit, cura nulla est, ideoque jus ejus & commodum æque erit τῶν μὴ ὄντων. Inferius idem ratione & exemplo rei judicatæ patebit amplius.

8. Secundo cessat hæc cura, per conventionem antenuptialem, qua vir potestati suæ in bona uxoris renunciat, vel, quod idem, liberam administrationem uxori permittit, quod fieri posse, jam dictum est ad *tit. de Pact. Dotal. n.* 4. & firmatur ab Herbajo nostro *d. cap.* 13. *n.* 10. quia nec bonos mores neque jus publicum ea re lædi, patet inde, quod apud veteres hæc potestas in bona uxoria inusitata & incognita fuit, adeoque maritus de suo jure tantum remittit. Verum an post contractum matrimonium illa renunciatio fieri possit, merito dubites; quia cum hoc jus ad commodum mariti pertineat, ut dictum, & omnis remissio lucrosa inter virum & uxorem sit prohibita, renunciatio potestatis hujus in speciem donationis incideret. Verum quia hæc renunciatio pactis antenuptialibus sæpe, salva communione redituum & acquæstuum, ac ita sine damno pecuniario, qua vir etiam sæpe constante matrimonio, in causis singularibus abstinet, aut desistit ab auctoritate sua, ut mox intelligemus; hinc si communione salva, renunciet administrationi curæque suæ, nihil donationis exercere videtur: possunt enim separari communio & auctoritas; ut vir, illa salva, hanc omittat aut amittat; quemadmodum sæpius accidit, ut communione salva, vir tamen auctoritatem retineat, hactenus ut sine ejus consensu mulier alienare, vel obligare se, aut in judicio consistere non possit; quod usu venit in maritis obæratis, qui, ne uxores oneribus suis implicent, bonorum separationem instituunt; qua facta, mulieres ex ære alieno ab illis contracto non tenentur; reliquas tamen auctoritatis partes, quibus specialiter renunciatum non est, quominus retineat, nihil obstat.

9. Tertio finitur cura mariti, finito matrimonio, præter mortem; per adulterium, & malitiosam desertionem alterutrius, si pars innocens jure suo in animum induxerit uti; qua de re diximus *ad tit. de Divort.* An etiam per separationem quoad mensam & thorum quæ dicitur? Ita, si per judicem approbata maritoque imperata sit; ideoque hic modus ad *interdictionem* judicis referendus est, qui proinde *Quartus* est modus.

10. Causa interdictionis, primo est eadem, qua viro suis propriis bonis interdicitur, & qua fit prodigus; etsi hic modus jam comprehensus sit inter casus, quibus ipse curæ subjicitur. Sed quando uxori ob viri sævitiam, aut importunos & intolerandos mores, seorsim habitare suasque res agere permittitur, hoc ipso curam & administrationem viro competentem cessare, manifestum est. Nec dubium, quin etiam fieri possit interdictio maritalis curæ, sine separatione habitationis, & sine interdicto a propriis bonis, si vir aut propria bona non habeat, aut manifesta consilii inopia, nec minore temeritate res uxorias administret: qua de re deliberatum quidem in curia nostra, decretum nihil memini, licet fieri posse non dubitaretur. An hoc solo, quod maritus ad inopiam vergit, a cura rei uxoriæ removeri possit, dubitatum est; dotem ex hac causa jure civili repeti posse, diximus ad *tit. Sol. matrim.* unde prona videtur hæc consequentia; si dominium rei dotalis marito auferri queat, eundem ex eadem causa facilius a cura removeri. Negat tamen hanc consecutionem Herbajus *d. cap.* 13. §. 10. quia *Societatis ratio postulet, ut fortuitorum eventus utrumque conjugem æquo onere premat. Mox, si ex æquo dispensii partes ferant, patet, quæ de dote constituta sunt, huc non facere; cum jure civili id actum sit, ut ea salva esset, lucri damnique expers.* Quanquam Herbaji ratio ad communionem, non ad curam spectat conjugalem, non est tamen ab ejus sententia recedendum, solam paupertatem adversamve for-

tu-

tunam non esse causam removendi maritum a cura uxoris, per ea, quæ de tutore ob hanc causam removendo, diximus ad *tit. Inst. de susp. Tut. in fin.* Verum si paupertas ex imperitia, temeritate, pervicacia, ut sæpe accidit, oriatur; denique si paupertas sit ex ære alieno multiplici, ante matrimonium conflato, uxoremque celato, unde ipsa per curam & administrationem mariti creditoribus & executoribus obnoxia intricetur, non est recusandum, quin & separationem bonorum mulier & cessationem curæ maritalis impetrare possit, ac *ita servatur*.

11. Sequuntur casus certi, quibus cura maritalis non habet usum; quorum aliquos habet Sandius *d. tit. 4. defin. 4. lib. 2.* Nos primum casum ponimus late patentem. Quoties vir se non gerit ut curatorem, sed præ se fert contrarium, quod eum facere posse, non est dubium. Si enim a cura maritus in universum desistere potest, in singulis actibus id ipsum facere posse, necessarium dictu est. Nostra quoque Statuta *d. tit. lib. 1. art. 1.* id indicant his verbis: *Viri in hac provincia se gerentes ut curatores uxorum suarum &c. Haer dragende als voogden, enz.* Possunt igitur se gerere ut curatores, possunt etiam secus. Et quidem curatoriam qualitatem satis aperte negat vir, quando mandatum uxoris præfert, vel etiam cavet, illam, quod egerit ipse, ratum esse habituram, quæ cautio supplet defectum mandati, nec habet locum, nisi in eo, qui se mandati indigere fatetur, *l. 12. §. 1. D. Rem. ratam haberi* ut Sandius etiam docet *lib. 1. tit. 2. def. 2. vers. Hæc ita procedunt.* Ideoque miror, hanc speciem eum non recensuisse inter exceptiones, quas data opera enumerat in *lib. 2. tit. 2. def. 4.* Atque hanc rem certi juris, si animadverterent scriptores instrumentorum, quibus se vir, pro se & uxore aliquid agere profitetur, non tam facile cautionem de rato maritorum qualitati adjicerent; dum hi plerumque nihil minus cogitant, quam ut juri curatorum in rebus uxoriis abstineant, quod nec Herbajus noster animadversione sua intactum reliquit. *d. cap. 14. §. 9.* Estne igitur necesse, ut maritus qualitatem curatoris aperte præ se ferat, ut si vir & uxor pariter in actis commemorentur, pari jure censeantur? Non videtur. Est enim vir uxoris curator, si nihil aliud præ se ferat, ac ita Curiæ nostræ visum in causa *Johannis Duringii Appellantis, contra Philippum Boshusium d. 15. Jul. 1642.* Hic retractum instituerat pro uxore sine qualitate curatoris; ad retractum autem præcise mandatum in judicio exhibendum est; ac quia curator non eget mandati, *L. 23. de Administrat. Tut. & Cur.* hoc a mariti nomine curatorio agentibus non requiritur. Appellans nec mandatum nec curatoriam qualitatem adesse causatus, retractum non jure factum contendebat. Sed aliter judicatum. Si quis roget, quid intersit, quoad effectum; dic, si mandatum prætulerit, nec habeat mandatum maritus, aut si de rato caverit, mulierem invitam non teneri, sed virum in id quod interest alterius, quod mulier non accesserit contractui, teneri, quemadmodum in similibus semper juris est. Non potest enim non teneri ad id quod promisit. Nihil igitur potius est, quam ut vir sine uxore contrahens præferat suum nomen, & curatorium uxoris respectu, vel pro se & uxore se agere dicat. Quæsitum aliquando, cum vir ita dixisset; agere se pro se & uxore, cum negotium ad uxorem solam pertineret, an totum pro illa subsisteret. Videbatur non posse, cum sibi partem adscripsisset, quæ cum esset inutilis, uxori accrescere non poterat, quia jus accrescendi cessat in contractibus. *l. 110. in pr. de V. O.* Judicatum tamen apud Nautam reperio, in prædicta causa *Duringii contra Boshusium*, valere quod actum esset pro uxore totum, etsi vir pro se & uxore retractum instituisset, cum mulieri soli ratione sanguinis conveniret; vel quod hæc verba, *pro se & uxore*, duos quasi reos in solidum constituebant; quorum altero sublato ut inutiliter adjecto, alter tamen supererat: vel quod verba *pro se*, hoc modo possent accipi; quatenus viri auctoritas ad uxorium actum erat necessaria; licet effectus rei in hanc solam redundaret.

12. Hæc observatio, quod vir non sit curator uxoris, quando eam præ se non fert, evidenter probat, * id quod alias & aliquoties probavimus, heic etiam *n. 7.* uxorem non egere curatoris ad litem, quando cum viro litigat, aut quando juxta virum, se non gerentem ut curatorem, res agit; vel denique, cum viro aliquid rei licitæ contrahit. Qua de re

* Quæ tamen omnia aliter obtinent in nostra Saxonia. Scilicet adeo est necessarium, feminam in Judicio habere Curatorem, ut non habendi tam ad agendum, quam ad defendendum, a Magistratu ex officio constituendus sit. *P. II. C. 15.* Si etiam mulier cum alio contrahat, sed in Mariti favorem, curatore indiget, ut supra monitum. conf. *O. P. S. E. Noviss. T. 8. §. 6. p. 68.*

re extat Curiæ nostræ judicium in tali specie. Mulier solers viro tardiori nupta, cum eo pacta erat, ut suis bonis singuli fruerentur, neque hactenus erat notabilis differentia, ut citra donationis speciem facile subsisteret. Præterea placuerat, ut negotiationem, qua victum exercebant, cui vir erat impar, mulier sola curaret, lucrumque & damnum inde proveniens ipsa perciperet aut ferret; vir ad sustentationem familiæ mediocrem pro rebus ipsorum pecuniam conferret. Mariti hæredes deinde conventionem illam oppugnabant, cum, quod mulier ea ratione se per commercium locupletasset, tum quod in ea conventione nullum habuerat curatorem. Curia tamen contractum approbavit, in *causa Annæ Ruitenburg, contra Hiltiam Harings. d. 20. Dec. 1678.* Unde resultat duplex observatio, illa, quam diximus, *Quando mariti auctoritas cessat, mulierem alii curæ non subjici.* & quod conventio habens incertum proventum lucri & damni, quanquam spe lucri facta, non sit habenda pro donatoria, licet eventus lucrum attulerit. Quod tamen an semper & indistincte obtineat, ex rebus & personis, & consilio partium, videtur esse dijudicandum.

13. Secunda exceptio adhuc frequentioris usus est, quando mulier contrahit de rebus ad œconomiam spectantibus, Grot. *d. lib.* 1. *c.* 5. *sub fin. tot de Huys-houdinge*, ajunt Statuta nostra. Huic enim curæ a viro præposita intelligitur. Continet autem vocabulum illud quotidianas familiæ necessitates, maxime, quæ ad victum & amictum & supellectilem pertinent, cum temperamento etiam, ne modum excedat, habita ratione dignitatis & opum mariti, boni viri arbitratu, ut monet Herbajus *d. cap.* 13. *n.* 20. & Sandius *d. decis.* 4. *vers. secund.* Ut eatenus, inquit ille, *detur actio, qua creditum est in iis, quæ quotidie alendæ familiæ sunt necessaria. Nam ut millia aut centena mutuo sumat, nemo neget, præter mentem legis esse, sicut & si non necessario emat in diem, mox ea distractura argento præsentario.* Laxius tamen hac in parte viri boni illud arbitrium sit oportet, ne ad sola necessaria restringas. Quin posse mulierem, ignaro marito, emere supellectilia satis notabili summa pecuniæ, etsi brevi postea per auctionem rursus vendita sint, judicatum esse a Curia in causa *Tryntje Gysberts* contra *Drem Ten Hove*, testatur Saekma *not. ad d. tit.* 2. *art.* 1. *ante ferias Quadragesimæ* 1619.

14. Tertius casus particularis exceptus, est, *si mulier cum viro publicam exerceat mercaturam*, contractus eo spectantes, etiam sine viri consensu notitiaque, valent, Grot. *ibid. Stat. Fris. d. tit.* 2. *art.* 2. Herb. & Sandius *ibidem*. Hanc exceptionem merita est feminarum inferioris Germaniæ industria, ut etiam viros suos ex hac & præcedente causa occupare possint, non quasi ex auctoritate, sed jure communionis, & tacitæ præpositionis a viro factæ; quæ docet, utroque casu virum uxori, commercium ratione œconomiæ & commercii publici, interdicere posse, modo interdictum publice promulgetur, alioqui tertio non præjudicat. *arg. l.* 11. §. 2. *de Institor. act.* Quod si mulier sola, viro alius rebus, aut otio dedito, mercaturam exerceat, idem juris est, ut recte Herbajus *d. loco.* & quidem tanto fortius eo casu, quod ejusmodi matronæ rei pecuniariæ dominæ, sæpe maritos uxorum instar, ut docet usus, habent; fere ut in exemplo modo relato evenerat. Quarto; si maritus pro auctoritate curæ volet inire contractum inutilem atque damnosum, uxor contradicendo suamque contradictionem alteri insinuando, potest efficere, ne per euram viri teneatur, qua de re vide quæ diximus ad *tit. de Societate Parte II. pag.* 479.

15. Similis ei est casus, quem *sexto numero* ponimus; si maritus id, quod mulier utiliter & ex re sua gessit, ratum habere nolit, æquum est, judicem auctorem fieri, sine præjudicio mariti. Sand. *d. decis.* 4. *vers. Quintum.* Ejusmodi quoque subsidiariam auctoritatem judex adhibere potest, si maritus diu vel procul absit, & necessitas urgeat contractum aliquem impleri. Sand. *ibidem vers. Quartum.* Sed absentia mariti longinqua, per se mulierem non subducit ejus curæ, nec facit habilem ad contrahendum, vel judicio experiundum, certe non ita, quominus vir reversus id auctoritate sua rescindere possit. Sed tertius non potest recusare litem cum muliere contestari, vel negotium cum illa sola contractum implere; si modo caveatur ei, maritum rem ratam esse habiturum, ut Sandius tradit, & judicatum refert in *lib.* 1. *tit* 5. *def.* 1. Sine ejusmodi cautione, mulier non potest alium in jus vocare, aut celebrare contractum, etsi mariti absentis copia nullo modo haberi possit, ut judicatum in causa N. N. *contra Alexandrum Sanders. ante Natal. Chr.* 1680. etsi causa agendi ex facto rei, absente marito, nata

ta esset, & mulier læsa videretur. Secus tamen placuisse Curiæ, si vir tam diu peregre absuisset, ut, num viveret, an mortuus esset, ignoraretur, modo relatum, & judicati exemplo confirmatum est.

16. Septimo, auctoritas & cura mariti non obligat mulierem, in causis mere personalibus, quæ marito soli conveniunt; qualis præter maleficia, est fidejussio, quando vir pro alio intercedit. Ex hac causa viri potestas in uxorem eam non complectitur, quia lege factum est, ne mulier ullo modo ex fidejussione teneatur, qua proinde per maritum eam implicari, in fraudem legis foret, idque ita communiter tenent, & apud nos servatur, ut diximus *ad tit. de Societate n.8.* ubi & rationem reddidimus, cur mulier ex tutela tempore matrimonii administrata, licet illa mulieri quoque non conveniat, teneatur, & latius in *Ausp. Domest. pag.25. & seq.* In populis, quibus est societas universalis ipsorum bonorum, ne quidem fidejussiones viri, quominus hæ uxorem teneant, excipiuntur, ac ideo Groenevvegius *ad tit. C. Ne ux. pro Mar.* & Rodemburgius *tract. de potest. Marit. tit. 2. c. 1. n. 8 9. & 10.* Sandium negant audiendum de fidejussione. Quid enim ille? *Mulier de fidejussione viri non tenetur*, ait, *quia fidejubere quodammodo est perdere & donare.* At illi tenent, mulierem quoque de viri donationibus teneri. Quid tu? Ratio quidem Sandii minus forte apposita est, ut nos *d. loco.* At de donationibus viro factis, sic habendum: modicæ fiunt communes; magnæ penes eum manent, cui factæ sunt, ut probavimus ad *tit. de Societ. n.7. part. præc. p.475.* Eodem modo donationes viri modicæ, ad onus commune pertinere videntur, majores ad virum solum *arg. l.10. de R. J.* Hactenus enim valet ratio; donare tantumdem esse ac *perdere*, quod sane administrationis & curæ facultatem excedit.

17. Octavo, dicamus non esse opus mariti auctoritate, quoties obligatio ex Re venit, *arg. l.46. de O. & A.* hoc est, quoties ipsa res & æquitas manifesta secum fert obligationem, ut si quis impensas fecerit in rem uxoris, ex communione, quam habet cum alio, & ex solutione indebiti. Herbajus *d. cap. 13. §. 14. ex quasi contractu*, ait, paulo laxius quam ratio ferat; quia ex negotiorum gestione *activa*, aut ex hæreditatis aditione, quæ res facti sunt, non potest sine viro mulier obligari, nec alium ad divisionem provocare. Sed delicta recte ad obligationem quæ ex Re veniunt referuntur. *pr. I. de Oblig. ex. del.* Ideoque mulier pœnam pecuniariam, inscio viro, committere potest. Herbaj. *d. cap. 13. §.15.* Sand. *d. Decis. 4. vers.* His adde.

Non habet locum maritalis auctoritas, ut nec curatorum aliorum, in ultimis voluntatibus; etsi apud quosdam populos secus obtineat. Tiraquell. *ad LL. Connub. gl.5. n.93. & seqq.* Chassanæ. *ad Consuet. Burgund. tit. de Jur. Conjug. Rubr. 4.* verb. *Ni aussi par testam.* Quoniam autem donatio mortis causa per omnia ad similitudinem ultimarum voluntatum est redacta, teste Justiniano in §. 1. *Inst. de Donat.* nihil est causæ, quare & illam uxori facere non liceat, absque respectu ad mariti auctoritatem, modo rem eo vivo, vel manente conjugio, non tradat donatori, ut mortis causa donantes facere posse, notum est ex *l.2. de Donat. m.c.* Ac ita recte statuit Herbajus *d. cap. 13. §. 17.* aliique citati a Sandio *d. Decis. 4. sub fin.* qui tamen sequi maluit Antonium Fabrum dissentientem, eo quod donatio mortis c. fiat per acceptationem, adeoque per conventionem ad instar contractus. Nam modus ille faciendi donationem non eximit eam ultimis voluntatibus, earumque naturæ & proprietati, quæ talis est, ut cum societate vel auctoritate maritali nihil habeat commune, cum in id tempus, quo vir & uxor amplius non erunt, differatur. *l.10. de Donat. int. Vir. & Ux.*

18. Superius ad verba Grotii marito dantis alienandi res uxorias potestatem, diximus, id ex delata cura & administratione concessa non sequi, ac ideo nostratibus ita recte videri, maritum non posse res uxoris immobiles, ipsa ignara, alienare. De mobilibus nihil in hac cura diversum ab aliis curatoribus, quibus in his nihil præjudicatum est, statuendum videtur, ut *ad tit. de rebus eorum, qui in Tut. vel Cur.* videbimus. Vellem idcirco, Herbajus & Sandius nostri in locis, ubi de hac parte maritalis potestatis agunt; hujus necessariæ distinctionis meminissent; nec ille ita scripsisset, *quod maritus bona uxoris, quæcunque ea sunt, distrahere non possit, ea remittendo d. cap. 13. §.6.* Iisdem fere verbis & æque indefinite, Sandius in *d. lib. 2. tit. 4. def. 2.* docet, maritum quasvis uxoris res administrare, sed non posse alienare, nec ullo verbo secus in mobilibus esse, monet lectorem. Tu tamen ita

ita velim existimes, id eos a lectore juris gnaro, per se facile intellectum iri credidisse, præsertim cum ad jus civile, quo res non habet dubium, se referant. Nos tamen id supervacuum, quod moneretur, non putavimus. Præsertim quia res hæc alias habet juris consequentias notatu non indignas; veluti cum quæritur, an vir alienare possit obligationem uxoris, eamque in alium transferre per cessionem, sine ejus consensu, non est res immobilis, sed neque mobilis; verum quia sic obtinuit & receptum est, ut obligationes, cum de totis patrimoniis quæritur, mobilium jure censeantur, magis est, ut vir hanc potestatem solus, sine mulieris consensu habeat, ac ita jam olim a Curia judicatum est, *in causa Thomæ Alles, contra Livium Feyes. ante ferias Natal.* 1624. Atque hæc res ab usu præsenti temporum non abhorret, maxime quia nihilo plus est in ejusmodi cessione, quam est in actione pecuniæ fœnebris uxoriæ, & apocha debitori data, quam potestatem maritus habet sine dubio, & quam Sandius atque Herbajus in *locis citatis* ei adscribunt. Plus ἀναθεωρήσεως est in eo, quod Nauta refert esse judicatum super hac specie. Titius Cajo vendiderat hæreditatem uxoris, ipsa ignara & invita, consistentem in superficie rustica fundo conducto imposita & quibusdam mobilibus, instrumento rustico, & supellectilibus. Uxore dein revocante res suas, aut ejus hærede, Curia censuit, ait Nauta, virum habuisse jus, illas res, ita sicut instituerat, vendendi, *in causa Petri Antonii cum sociis, contra Aggeum Petri cum sociis, d. 26. Octobr.* 1642. Quod ad res mobiles attinebat, nihil erat ambigendum. De superficie movit hoc sine dubio; quod dominium ad superficiarium non pertineat, sed ad dominum fundi, superficiarii jus desinit in petitionem taxationis, finita conductione, per actionem personalem & hypothecariam, ut expositum est ad *tit. de Loc. Conduct. capite de Ædificiis Rusticis & Taxationibus*. Adeo ut talis juris venditio, magis sit cessio juris pecuniarii, quam alienatio domus, quæ seorsim a conductione fundi non habet usum alienationis. Non est tamen hæc res adeo liquidæ considerationis, quam *Decisio præcedens*.

10. (b) Ad locum de Tutoribus in genere spectat adhuc observatio, quid sint actor, administrator, adjutor, & notitiæ gratia tutor datus, quorum in positionibus obiter meminimus, & de quibus heic latius agere supersedemus, post ea, quæ plena manu de illis dicta sunt *part.* 2. *Digress. lib.* 4. *c.* 27. Summa huc redit: Actor est, qui certis pupilli negotiis a tutore impedito, ipsius periculo per magistratum præficitur. *l.* 24. *de Administr. Tut.* Administrator, qui tutori ad universas pupilli res, a magistratu, ob senium aut valetudinem adjungitur. *l.* 13. *pr. de Tutel.* Adjutor, quem ipse tutor sibi petit adjungi, ob eandem rationem. *d. l.* 13. §. 1. Tutores notitiæ gratia, erant homines tenuiores, qui ob notitiam rerum domesticarum præcipuis tutoribus adjungebantur, ipsique erant tutores quidem, sed absque administratione. *l.* 14. §. 1. & 6. *de Solut.* Plura vide, inquam, *in d. cap.* 27.

TIT. II.

De Testamentaria Tutela.

I. Remissio, & Quæstio de Origine hujus Tutelæ explicita. II. Responsa ad objectiones de Tutore dando exheredato. III. Quid moribus.

(a) Divisio tutelæ triplex, in testamentariam, legitimam & dativam, singulæque species, quantum ad fundamenta paratitlarii opus est, apud *Institutiones* absoluta fuit: proinde, nisi quid observationis occurrat peculiaris, heic commemoratione Rubricarum defungi liceret. De testamentaria tutela difficilis occurrit quæstio; nam fundamentum ejus est patria potestas. §. 3. *Inst. de Tutel. l.* 1. *in pr. h. t. Lege XII. tabularum*, ait Gajus, *permissum est parentibus, liberis suis ... si modo in potestate sint, tutores testamento dare*. Atqui verba XII. tabularum hæc fuerunt: *Paterfamilias uti super pecunia tutelaque rei sue legassit, ita jus esto*, teste Ulpiano *tit.* 11. §. 14. Cicerone *de invent. l.* 120. *V. S.* juncta *l.* 53. *de V. S.* Quæ verba cuilibet testatori dant hanc potestatem, non soli patri. Quamobrem Serranus ad *lib. XI. Platonis de LL.* auctor est, alia fuisse in XII. tabulis verba, quibus tutela ex patria potestate deduceretur, hujusmodi: *Parentibus tutorum libe-*

(b) *Pos.* 2. 3. & 4. (a) *Pos.* 1. 2. & 3.

liberis in potestate, dandorum jus esto. Verum hæc verba a Serrano conjecta esse & ficta, satis constat, cum nusquam antiquitatis reperiantur. Quomodo igitur Gajus illa interpretatus est? Pomponius rationem reddit in *d. l.120. de V. S. Verbis Legis XII.Tabb. Uti Legassit &c. latissima potestas tributa videtur... tutelas constituendi &c. Sed id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel auctoritate jura constituentium*. Necessitas interpretationis fecit, ut jurisconsulti & leges secutæ, verba legis XII. ad patriam potestatem restringerent. Quia, cum tutela sit jus in personam pupilli, id a nemine, quam ab eo, qui personam in potestate habet, stabiliri potest. Testator qua talis, non nisi de pecunia tutelaque respectu pecuniæ disponere potest. Hinc duplicem tutelam juris conditores elicuerunt, unam per interpretationem, quæ proprie tutela fuit, in personam pupilli. Alteram ex nudis verbis, ad bona spectantem, de quibus speciebus actum a nobis *ad tit. I. de Tutel.n.* 3. *pag.* 43. *&* 44. quibus adde quæ dicta sunt *lib.* 3. *Digress. cap.* 3.

2. (b) Inter propriam & improprie dictam tutelam testamentariæ speciem, hoc inter alia discrimen traditum est, *d. n.* 3. Quod tutor improprie datus, non nisi pupillo hæredi instituto dari possit; proprie testamentarius etiam exhæredato, quod tamen hodie non habet usum, nisi vel exhæredatio bona mente facta sit, ut fieri posse, docet inter plures *l.18. de lib.& post.hæred.* vel si puer præmatura malitia causam ingratitudinis contraxerit, quod vix habet facultatem. Sed hæc sententia, quod pater etiam liberis exhæredatis, jure patriæ potestatis, tutorem dare queat, aliquot objectiones patitur satis notas, quæ brevissime commemoratæ sunt in *d.* §.3. Sed responsiones ibi desiderantur, easque in hunc locum ibi condiximus, ergo heic necessario sunt collocandæ. Objectiones petuntur ex *l.* 73. §. 1. *de R. J. l.* 53. *pr. de V. S. l.*26. §. *f. h. t.* In *l.* 73. §. 1. *de R. J.* ita scriptum est: *Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis hæredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset*. Atqui exhæredatus non est suus hæres. Responsio simplex est hæc; suus hæres in *d.* §. 1. intelligitur, qui ordine legitimo & ab intestato talis est futurus, *si vixisset*, non eventu testamenti inspecto. Secunda objectio ex *l.* 53. *de V. S.* sic inducitur. Tutor separatim sine pecunia dari non potest. Ergo tutor dari non potest, nisi cui pecunia data est; atque ita non potest exhæredato. *Resp.* Sensus illorum verborum sic est; pater non potest hæredem dare testamento, nisi de pecunia simul disponat, id est, hæredem eodem testamento faciat; non utique filium, cui tutorem dat, necessario, sed dumtaxat, ut aliquem hæredem instituat, neque de tutela sola disponat. Tertia Objectio. Tutor, qui a magistratu confirmandus est, non jure datus censetur, *l.* 1. *de Confirm. Tutor.* Atqui tutor exhæredato datus, a magistratu confirmandus est. *l.*26. §. *ult. h.* Resp. Confirmatio, quæ illic adhibetur, non fit, ut datio tutoris testamento facta confirmetur a Magistratu, sed quia tutor testamentum, in quo datus est, per querelam inofficiosi rescindere parat. Ex quo idem idcirco qualitatem tutoris in ista lite petere non potest. Propterea litis ordinandæ gratia, petit se a magistratu interim confirmari, ut quasi tutor litem inofficiosi pro pupillo agere possit.

3. Moribus hodiernis, postquam jus illud excellens patriæ potestatis, apud plerasque gentes ab usu recessit, tutores omnes videntur ut improprie dati testamento considerati, quia indistincte confirmantur a magistratu. Adeo ut e testamento non jure facto, tutor datus tamen sit confirmandus, ut Scabinos Lipsienses respondisse, testatur Bekman. *ad h. t. n.* 26. Imo, licet hæreditas non sit adita e testamento, tutoris dationem valere, censet Groenewegius ad *l.* 10. *h. t.* ubi JCtus contrarium respondet de tutela testamentaria proprie dicta. Ratio usus hodierni est, quia licet testamentum non valeat, ut hæreditas inde petatur, valet tamen ad voluntatem testatoris significandam in rebus, quæ solennitatem juris non desiderant, ut exemplo videre licet *in l. ult. De rebus eorum qui sub Tut.* Verum in locis, qui jure scripto, quatenus Statutis non est abrogatum, utuntur, ut in Frisia, nihil causæ video, quamobrem jure civili non sit standum. Plane tutorem in testamento imperfecto vel destituto datum, volentem posse confirmari, nemo dubitet; invitum nego; nisi magistratus illum ex officio, tanquam dativum constituerit.

TIT.

(b) *Pos.* 4. 5. 6. *&* 7.

TIT. III.

De Confirmando Tutore vel Curatore.

I. Causa confirmationis Tutorum. II. Modus confirmandi. Legitimos Tutores non confirmari. III. Sintne confirmati Tutores Dativi, an Testamentarii. IV. De Curatoribus confirmandis quid Moribus obtineat.

Tutores testamento jure dati, *immediata* vi dationis testamentariæ fiebant tutores, protinus simul *atque aliquis hæres extitisset. l.7. de Testam. Tut.* Nec enim hæc res impedit, quominus tutela immediate e Testamento valeat, non magis quam legata dominium ipso jure transferre impediuntur, eo quod ab hæreditatis aditione pendent, *arg. l.9 eod.* juncta *l.64. in fin. de Furt.* Tutor igitur vi patriæ potestatis in testamento jure facto datus, nulla eget confirmatione. Sed omnes reliqui, in quibus aliquis juris defectus argui potest, confirmandi sunt a magistratu. *l. 1. h. t.*

2. (a) Modus confirmandi est, ut fiat vel simpliciter, vel eodem modo, quo magistratus aliqui dant tutores ex officio. Simpliciter fit confirmatio, quando pater non jure dedit tutorem, veluti filio emancipato, vel in codicillis testamento non confirmatis, aut verbis precativis. *d. l.1. & l.3. h. t.* Si vero mater aut extranei dent tutorem testamento, confirmatio fit per inquisitionem, vel per satisdationem. Priore modo per magistratus majores, posteriore per minores. *l. 5. h. t.* Quanquam & circa tutores a patre non jure datos, quædam causæ cognitio vertatur, an duraverit patris voluntas; num qua tutoris ignorata morum emerserit improbitas, aut inimicitiæ cum patre pupilli exarserint, vel damnosum aliquem cum fisco contractum inierit. *l.8. & seqq.h.t.* Ita ut prætor ultimam potius quam primam patris voluntatem, imo utilitatem pupillorum magis, quam scripturam testamenti sequatur. *l. 10. hic.* Cæterum, ad legitimos tutores non pertinere confirmationis supplementum, omnes hujus tituli leges, quæ de solo tutore testamentario loquuntur, indicant, ut & situs Rubricæ, quæ est ante legitimos tutores. Ex cujus tituli exegesi idem mox intelligetur.

3. (b) Est hujus loci quæstio, quam ad naturam confirmationis pertinentem, prætervehi non licet. Cum tres sint tutelæ species, testamentaria, legitima & dativa, nec ad legitimam confirmatio spectet, novamne speciem confirmata faciat, an referenda sit ad alterutram duarum. Nihil erret, opinor, qui propriam statuat speciem confirmatam, quasi mixtam e testamentaria & dativa. Cum utriusque, testatoris & magistratus, factum in ejus perfectione concurrat; ut tamen, nisi fallor, magistratus factum magis ad τὸ τὶ εἶναι, *ad essentiam*, quam testatoris pertineat, ut si ad alterutram speciem redigi deberet, potius ad dativam referri posse videretur. * Rationes sunt hæ; testamentarius tutor is demum appellatur, qui jure datus est in testamento. *l.3.§.1. de Testam. Tut.* Sed qui confirmantur, ideo magistratus officium requirunt, quia non sunt jure dati. *l.6. h. t.* Secunda ratio; tutores testamentarii protinus e testamento proficiscuntur, & simul ac hæres aliquis extiterit, sunt tutores. *l. 7. de Testam. Tut.* Sed confirmatus tutor fit demum tutor ex decreto confirmationis a magistratu interposito, & ante confirmationem non est tutor, ut docet Modestinus in *l.13. §.12. de Excusat. Tut.* ubi tradit, tutorem ab alio quam a patre testamento datum, non excusare se, nec ei currere tempus, quo tutores dati, si nolint esse tutores, excusare se debent, quia *ipso jure non sunt tutores*, antequam confirmentur. Ex quibus rebus apparet, causam, qua tutor aliquis immediate constituitur, esse factum magistratus, hoc est dationem, ac ita nihil esse potius, quam

(a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3. 4. 5. & 6.

* Unde haud absurda est sententia affirmantium, omnem tutelam hodie certo modo esse dativam, licet magistratus commendationem testatoris aut legis, absque justa causa haud facile negligat. Ista autem confirmatio publica Imperii lege est sancita *Rec. Imp. de A.* 1577. *tit.* 32. §. 2. *Dass ein ieglicher Vormunder, er sey gleich in Testaments-weis verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm denn zuvor durch die Obrigkeit* decerniret *und befohlen* Conf. *Leipziger Vormundschaffts* . Ordnung §. 2. & 3. J. O. P. & E. *Noviss. T.* 1. §. 1. p. 61.

quam hunc tutorem esse dativum testamentaria qualitate temperatum.

4. Rubrica meminit etiam curatorum confirmandorum. Sed in his non obtinet distinctio causarum, e quibus confirmentur. Omnis enim curator testamento non jure datur, etsi a patre datus sit filio, quem habet in potestate, ideoque generaliter omnes sunt confirmandi. *l.* 1. §. *ult. h. t.* Quod etiam moribus hodiernis sine dubio servatur. Idemque ad ipsos tutores generaliter productum, eo quod discrimen tutorum & curatorum in usu temporum atque Fori penitus obsolevit; ut jam indistincte curatores tutoresque passim a magistratibus confirmari videamus: idque eo magis ad rem pertinet custodiri, quod nunc omnes tutores & curatores jurejurando fidem suam obstringunt, * quod Justinianus de curatoribus & tutoribus, quibus decreto celebrato committitur tutela, tradit in *Nov.* 72. *c. ult. Auth. Quod nunc C. de Curat. Fur.* Juramentum autem istud aliter, quam a magistratu, nec solet, nec commode potest exigi. (c) Plane sic usus hominum hac parte invaluit, ut sine confirmatione judiciali, nullus tutor auctoritatem suam exercere possit, unde confirmatio nostratibus *authorisatio* dicitur; plane ut omnes quasi tutores non summo jure dati, sicut antea dictum, considerentur & subjecti sint eidem inquisitioni, qualem ex *l.* 8. *& seqq. h. t.* commemoravimus. Idque nostris quoque Statutis satis est consentaneum. *lib.* I. *tit.* 7. *art.* I. Exceptis tamen parentibus utriusque sexus, qui non confirmantur a magistratibus.

T I T. IV.

De Legitimis Tutoribus.

I. Remissio ad Instit. II. Matres non esse Legitimas Curatrices liberorum. III. An etiam in Legitimis Tutelis inquisitio locum habeat. IV. Collatio Juris hodierni.

(a) DE legitima tutela & quatuor ejus speciebus, totidem titulis in Institutionibus actum non agemus. Sufficit admonuisse, cunctis illas species jure novo aut abolitas, aut in unum esse conflatas, coalescente cum illis & quinta specie, quæ est matrum & aviarum; de quibus cunctis valet regula, quod gradu primus, in tutela sit primus, ** gradu pares in hac quoque sint pares, *** manente unius ex omnibus aptissimi electione, secundum dispositionem juris communis in *Nov.* 118. *cap.* 5. Curam non esse legitimam, nisi olim in furiosis & prodigis, *ad tit. Inst. de Curator.* dictum est.

2. (b) Unde satis constat, matres quoque non habere legitimam curam liberorum puberum, quemadmodum hæc qualitas iis nusquam in jure tribuitur, sed tutricum dumtaxat *l.* 2. *& Auth. subjecta C. Quand. mul. Tut. off.* Quod moribus aliter ubique receptum est, per confusionem tutelæ atque curæ, quas iisdem quoque nominibus exprimi novimus, qua de re diximus ad *tit. I. De Curat.* Præter hanc confusionis causam, hæc etiam recte a Gailio profertur, qua tacito adultorum ipsorumque tutorum consensu, administratio ad ætatem usque legitimam continuetur. 2. *obs.* 46. *n.* 2. Quod argumento est, si puberes non consentientes alium petere velint curatorem, hoc iis non posse negari; quemadmodum ex iis, quæ ad *tit. de Tut. & Curat. dat.* paulo *inferius* dicenda erunt, amplius patebit.

3. Quod etiam de legitima tutela ipso jure, sine ullo facto hominis deferenda, dictum *in pr. tit. I. De Legit. agnat. Tut.* in usu fori non videtur esse receptum. Nec enim hodie proximiores semper, neque omnes, qui sunt ejusdem gradus, pariter ad tutelam vocantur, sed prout magistratui pupillari visum est, ut scribit ac probat Groenevvegius *ad* §. *ult. Inst. De Cap. Diminut.* Jure Frisico hac de re cau-

(c) *Pos.* 15. *tit.* 7. (a) *Pos.* I. (b) *Pos.* 2.

* Non obstringunt sese in Saxonia. Vide quæ *infra ad Tit. VII.* hujus libri §. [illegible] notabuntur.

** Quæstio hic incidit, an mater vel avia, Avo paterno vel materno præferenda sit, in *Nov.* 118. *cap.* 5. haud decisa. Ambigue, ut solet, loquitur Imperator. Videntur non præferri, verbis: *omnibus a latere cognatis quoad tutelam preponuntur*; immo videntur præferri, verbis: *testamentariis solis tutoribus præcedentibus eas.* Optime adeo Ordinatio Tutoria Lipsiensis, civibus lex, aliis sane civitatibus eximium exemplum, §. 4. verbis: *ausserhalb des vaterlichen Gross-Vaters wenn der vorhanden, und Vormund seyn wolte.*

*** In Saxonia agnatus cognato, & ex agnatis pari gradu Senior præfertur. v. notata P. I. p. 50.

cautum est hoc modo: *Si proximi cognati ad tutelam minus idonei, sive non qualificati deprehendantur, praetores sive magistratus, alias personas ad eam rem idoneas constituent & confirmabunt. lib. 1. tit. 7. art. 1.* Agnoscunt haec verba legitimam tutelam, & dativam non admittunt, nisi deficientibus idoneis cognatis; tum arbitrium qualitatis deferunt magistratibus. *Sunt*, qui jam olim lege Claudia constitutum tradunt, ut ne omnes tutelae legitimae ex Lege XII. Tab. immediate deferrentur, sed ut Consules, non servato agnatorum ordine, tutorem ex agnatis maxime idoneum eligere possent, contra quos disputamus in *l.* 3. *Digress. cap.* 4. tamen etsi non omne circa legitimos tutores officium magistratus cessavisse, quo constaret, utrum satis essent idonei vel secus, *ibidem* concessimus *n.* 4. *in fin.*

4. Forte nec plus nec minus, quam heic in Statuto nostro, traditur. Magistratus potest alios tutores constituere, si proximi non sint idonei, judicium hoc ad illos pertinet. Hinc duae conclusiones oriuntur. Prima, magistratus non potest extraneos eligere tutores, si non desint proximi ad tutelam *qualificati*, utcunque minus idonei quam forsitan inter extraneos reperiri possint. Secunda, minus evidens, quod inter cognatos arbitrium aptitudinis a judice exerceri possit, adeoque magis idoneus minus apto praeferri possit. Cum enim idem articulus det magistratibus tutoris constituendi potestatem, *secundum jus commune*, standum videtur jure civili, quatenus ei hac parte non est derogatum. Fit autem heic mentio *proximorum cognatorum*, ut hisce deficientibus aut non idoneis, alii constituantur. Ergo si proximi existant satis idonei, nec hi praeteriri, nec remotiores cogi posse videntur, ut τὸ plus & minus non variet speciem. Magis tamen est, ut usus & existimatio communis ita ferat, magistratus optimo pupillorum consulere, & eum, qui e propinquis maxime sit idoneus, eligere atque pupilli rebus praeficere posse: ac ita memini, inter partes nobilissimas placuisse Curiae, ut agnatus pontificiae religionis, in casu, quo alioqui lege non excludebatur, adsini reformato postponeretur. Etsi & alia ratio in illa causa accederet, quod eorum mater pupillorum ad secundas nuptias transiisset, quo casu non legitimae, sed dativae tutelae esse locum, alias probatum est ex *l.* 2. *in fin. C. Quand. mul. Tut. off.*

TIT. V.

De Tutoribus & Curatoribus datis ab his, qui jus dandi habent: & qui, & in quibus causis, specialiter dari possunt.

I. Summaria Rubricae expositio. II. Tutoris dationem esse ex Lege speciali, remotis objectionibus. III. An tutor alias, quam qui danti subjectus est, dari possit. IV. Cur Magistratus minores cum satisdatione, majores cum inquisitione Tutores dederint. V. Invitos adolescentes non accipere Curatorem, remissive & summatim. VI. De Tutoribus & Curatoribus ad certos actus. VII. & VIII. De Tutoribus & Curatoribus extraordinariis ad totum patrimonium.

(a) Bimembris est Rubrica. Prima pars de tutorum & curatorum datione universa promittit agere, de qua titulus *Inst.* est de Attiliano tutore. Altera de utrisque, & eorum datione extraordinaria in casibus certis. Primus hic locus est, quo tutorum & curatorum mentio pariter facta sit, etsi ad *tit. de Tutelis* de hac comparatione aliquid occupatum, & aliquoties dictum sit, inter eos hodie nullum esse discrimen. Heic loci primo quod ad jus civile pertinet, indictum, exponemus. Dein positiones quasdam differentiarum inter tutores & curatores, quas nec hodie ab usu esse remotas putemus, collocabimus.

2. (b) Jus dandi tutores apud Romanos, non fuisse jurisdictionis ordinariae, sed a speciali lege pependisse, diximus ad princ. *tit. Inst. de Attil. Tut.* ex *l.* 6. §. 2. *de Tut.* & ex *d. pr.* ubi & aliquot objectiones removimus, & verba §. 4. *pro jurisdictione*, interpretati simus, ut non possent excedere terminos jurisdictionis suae.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

fuæ. Pari modo verba edicti prætoris in *l.* 3. *in pr. de postul. Cujus de ea re jurisdictio fuit*, de tutelæ & curæ datione usurpata intelligi debent, nec alia opus est responsione ad *l.* 3. §. 5. *in fin. Judic. solvi*. Quanquam an Constantinus veterem differentiam jurisdictionis & potestatis ex lege speciali venientis, in animo habuerit, cum in *l.* 1. *C. de off. Præt.* ait: *Prætori defertur hæc jurisdictio &c. tutoris dandi, curatoris ordinandi &c.* dubito. Magis est, ut omnem magistratus potestatem, undecunque delatam, promiscue appellet jurisdictionem. Plus scrupuli habet hæc vulgaris objectio. Quidquid facere potest legatus proconsulis, id mandari potest; quia legatus nihil proprium habere dicitur, nisi cum ipsa mandata est jurisdictio. *l.* 13. *de Off. Proconf. & Leg.* Quod autem mandari potest, id esse jurisdictionis ordinariæ, constat ex *l.* 15. *eod. tit.* Responsio colligi potest ex eo, quod diximus ad *tit. de Off. Proconf. & Leg.* cujus summa hæc est. Mandatum proconsulis facere, ut sit legatus, non ut omnia faciat quæ legatus facere potest, horum enim quædam sunt ex lege speciali, nominatim tutoris datio. *l.* 1. *h. t.*

2. (c) Verum quod diximus, verba legum, quæ tutorem ajunt *pro jurisdictione* magistratus dari, hoc velle, quod terminos jurisdictionis suæ excedere non possint, quantum ad pupillos attinet, nihil dubii habet: neque ratio fert, ut de tutoribus aliud intelligamus. Quare cum magistratus municipales tutores dare posse dicuntur, merito adjicitur, *sed illum, qui ab eodem municipio vel agro ejusdem municipii est*. *l.* 3. *h. t.* At idem Ulpianus auctor *d. l.* 3. diversam tutoris & pupilli hac parte rationem esse, tradit in *l.* 10. *de Tutel.* Etiam *non municeps*, inquit, *tutor dari potest, dummodo municipi detur.* Sed hæc varietas in modo potius quam in re ipsa consistit, quem modum explicat Paulus *l.* 24. *h. t.* unde liquet, alienum municipem citari tutorem non pro jurisdictione magistratus municipalis, qui nullo modo actum jurisdictionis exercere potest in alterius municipii civem; sed imperio præsidis totius provinciæ; quod usum habet, quando in eodem municipio non reperiuntur homines idonei ad tutelam, qua de re latius dictum in *part.* 2. *Digress. lib.* 1. *c.* 26. *n.* 2. *& sequ.* Aliter Wissenb. *ad tit. de Tut. n.* 4. Hanc rem hodie usum habere, negat * Thomasius in *schol. ad posit.* 4. *h. t.* quia *vix casus dari queat, quo in eodem municipio nemo ad tutelam sit idoneus*. Si inde res pendet, sæpius equidem accidit, ut ad tutelam multo sit aptior aliquis in vicino municipio, quam in eodem, quo pupillus habitat. Sed tamen ideo consilium & circuitum Pauli in *d. l.* 24. non exerceri fateor; quia propinqui pupillorum, aut ipsi adolescentes, directe tunc adeunt præsidem sive supremam Curiam, quæ hodie jus præsidis habet. Ita ut hæc non jubeat dari, sed ipsa det tutorem; quia causæ pupillares inde a prima instantia ad supremas Curias referuntur, ex *l. un. C. Quand. Imp. int. pup.*

4. Cæterum, quare minores magistratus per satisdationem, majores per inquisitionem tutores dare soliti sint, quæsitu hoc loco non est indignum, & quamvis ad antiquitatem juris pertinet hæc differentia, ratio tamen nobis hodierni saporis, neque a nostro instituto aliena esse videtur, etsi ipsa differentia nunc obsolevit: cum satisdationes hodie nec a majoribus, neque a minoribus exigi soleant magistratibus. Sed olim ita visum, ut cum majores magistratus, quales supremæ Curiæ, inquisitione defungerentur, minores, inquam, fidejussores exigere cogerentur. Dicam, mihi quid in mentem venerit. Ita compertum habeo, quibus in rebus decreto, causæ cognitione, vel potius inquisitione ex officio magistratus opus est, in iis judices supremæ Curiæ multo diligentius & severius procedere, quam facere solent judices inferiores. Exemplo sit alienatio rerum immobilium, quæ ad pupillos & minores pertinent: hanc magistratus minores æque causa cognita decretoque permittere & administrare possunt, quam Curiæ supremæ: ab utrisque fieri debet inquisitio in causas alienationis, an sint necessariæ, nec enim solam utilitatem sufficere, *infra* dicendum erit. Ast in hac dijudicatione, licet præscriptum legis omnibus sit commune, mirum dictu est, quam multo remissiores sint municipales judices, quam Curiæ supremæ; dum illi tralatitias utili-

(c) *Pos.* 3. *&* 4.

* Non adeo frequens omnino est constitutio tutoris dativi, qui judicis dantis Jurisdictioni non subsit. Circa legitimam vero tutelam sæpius contingere potest, ut agnati sub diversa jurisdictione constituti, ad eam perveniant, quo casu non tantum a judice pupilli apud nos confirmantur, sed &, invito Magistratu, res ac pecunias pupilli in alienam Jurisdictionem transferre prohibentur, rationes quoque in loco administrationis reddere obligati, secundum *Ref. Or. d. Ann.* 1609. *gr.* 3. 8. *Corp. Sax. p.* 181. adde *Rescriptum* Joannis Georgii I. *inter Statut. Lips. p.* 263.

litates pro necessitate facillime, Curia ne prægnantissimas quidem utilitatis rationes admittat. Causam hujusce diversitatis ego nullam animadverto; nisi quod inferioribus, quanto dignitas eorum minor est, tanto gravitas etiam severitasque tuendi amplitudinem suam minor, quam curiis supremis esse consuevit, eaque varietas non tam ex morum hominumve præsentis aut exacti seculi, quam ex reputatione honoris & dignitatis majoris oriri videtur. Cum igitur Romanis eadem esset experientia, consulendum ita putarunt, ut minoribus imponerent necessitatem exigendi fidejussores, in quorum facultatibus pupilli plus præsidii, quam in diligentia & gravitate inquisitionis, quæ ab illis sperari non posset, habituri viderentur. και ταυτα δὴ μὲν ταυτα.

5. (d) Est adhuc quæstio hujus Rubricæ, an inviti adolescentes accipiant curatores, de qua prolixe egimus in *l.3. Digress. cap.* 15. 16. 17. nec non *ad tit. I. de Curator. in pr.* quorum hæc est summa. Prisci Romani adolescentibus, toga virili accepta, quod fere eveniebat anno ætatis decimo quinto, res suas permittebant, dicebanturque *in suam tutelam* venisse. cura non erat munus publicum, nisi in furiosos & prodigos; ita ut qui e tutela exiisset, curatori non absque nota ignominiæ subesset. Marcus Philosophus constituit primus, ut cura munus publicum esset, juvenesque minores annis XXV. Curatores petere possent, *non redditis caussis*, hoc est, sine dementiæ prodigentiæque nota *Invitis tamen non dabatur curator, præterquam in litem*, ut Justinianus docet *in* §. 2. *Inst. de Curatoribus*, quod cum aliis juris locis optime consentit. Admonebantur quidem a tutoribus, ut sibi peterent curatores, *l.* 5. §. 4. *ff. de Administr. Tut.* & credi par est, admodum paucos adolescentes e tutela exisse, quin peterent curatores. *arg. l.*33. §. 1. *ff. eod. tit.* Sed qui ætate maturiores amiserant parentes, si fiduciam sui haberent, sibi permittebantur, nec admoneri quidem dicuntur; cogi certe ullos omnino, res mandata est, *l.2. in fin. Qui pet. Tut. vel Curat.* adeoque multos sine curatoribus egisse adolescentes, satis probat *l.3. C. de restit. minore* ubi minores distinguuntur *inter curatorem habentes & sine curatione constitutos*. Verum enimvero quod directo jure in eos non statuebatur, ad hoc indirecte sæpe redigebantur. Nec enim judicio poterant contendere, nec debitores suos ad solutionem adigere, nec quidquam alicujus momenti cum aliis actitare poterant, nisi prius curatores petere in animum induxissent. *l.2. C. Qui pers. stand. in jud. non hab. l.* 7. §. 2. *ff. de Minor.* Atque hæc inevitabilis difficultas, qua minores curatoribus destituti, impliciti sunt, in causa fuit, ut regimen curatorum in adolescentibus, tanquam ordinarii juris commemoretur. Et hoc est, quod Alexander, octavus post Marcum Princeps. Minores annis 25. ait, ipsi sibi curatores, SI RES EORUM EXIGIT, petere debent. *l.6. C. Qui pet Tut.* (1) An hæc res, moribus hodiernis, omnino aliter se habeat, *inferius paulo* videbimus. Nunc ad alteram Rubricæ partem progrediemur, quæ est, *In quibus caussis specialiter tutores & curatores dantur*.

6. (e) Ut hunc articulum ordine complectamur, dicemus, tutoris dationem esse vel ordinariam, vel extraordinariam. Ordinaria, quæ deficiente testamentaria legitimaque, datur inde ab initio a magistratu, ad res personamque pupilli; in curatoribus eadem hactenus est ratio; quin ita fere obtinuit, ut tutores extraordinarii sæpe curatores appellentur; Ordinantur autem vel ad singulos actus vel ad totam administrationem certis casibus. Qui ad singulos actus dantur, hi sunt curatores, non tutores, quia tunc supponitur, extare tutores; atqui tutorem habenti non datur tutor, §. 5. *I. de Curat. l.* 12. *& l.* 14. *de Testam. Tut.* cujus rei rationem indagavimus in *lib.*3. *Digress. cap.*19. Excepto actu hæreditatis adeundæ, si tutor ordinarius ei negotio superesse nequeat, aut is appellaverit; tunc enim tutor extra ordinem da-

(d) *Pos.* 12. 13. & 14. (e) *Pos.* 5. & *seqq.*

(1) *Malim adstentiri viro Clariss. Jo. Gottlieb Heineccio*, qui in Element. jur. ad tit. inst. de curat. §. §. CCLXXI. & CCLXXII. *&* in Addit. ad Vinn. ad §. 2. inst. de curat. *probat per Marci Imp. constitutionem omnes omnino minores pubentes, accepisse curatores: eundem tamen Imperatorem voluisse ut omnes acciperent: ita ut inventa fuerit ratio qua adolescentes cogerentur curatores petere. Et id eo modo facile fiebat, quod non prius tutela finita crederetur, quam quis curatorem petiisset. Quo pertinent* l. 13. §. 1. de admin. & peric. tut. l. 5. §. 5. eod. *Non ergo obtrudebatur curator invitis, sed dabatur petentibus. Petere autem debebant omnes, quia non prius rerum suarum administrationem accipiebant, quam petiissent. Verum quidem est, multos adolescentes sine curatoribus egisse* l. 7. §. 2. de minor. l. 3. C. de in integ. restit. *sed hoc exempla ad factum non ad jus pertinent: nam & impuberes aliquando sine custodibus erant*, tit. ff. qui pet. tut. vel curat? *exinde tamen non recte colliges, in arbitrio impuberum fuisse, sine tutoribus agere mallent, an tutori subesse.*

datur ; & curator ad eum actum dari non potest, *l.* 17. §. 1. *de Appellat.* quoniam ea, quæ solennitate juris constant, actusque legitimi, qualis est tutoris datio, *l.* 77. *de R. J.* Tutoris qualitatem necessario requirunt, *l.* 19. *de Auctor. Tut.* quia tutoris ipsum nomen est legitimum ex Lege XII. tabularum, cura non est legis nomen, aut munus; sed a ICtis ad similitudinem tutelæ paulatim introducta, quemadmodum plenius demonstratum est in *d. lib.* 3. *Digress. cap.* 19. Ad reliqua negotia singularia, & ad ipsam quoque litem curatores dari, tralatitium est, §. *ult. I. de Auctorit. Tut. l.* 3. §. 2. *de Tutel.* & *alibi passim*: quorum tot exempla, quot negotiorum genera, sunt in medio.

7. Quando ad totam administrationem dantur extra ordinem tutores aut curatores, utrius sint generis, judicium pendet ab illa regula; deturne tutorem habenti, an non habenti. Tutorem habenti datur his casibus: I. Si quis absit Reipubl. causa; cum enim hic non desinat esse tutor, §. 2. *I. de Excus. Tut.* is, qui adjungitur ei, curator est, *l.* 15. *h. t.* etsi tutor *imitamento* vocetur. *l.* 12. *de Tutel.* Qui datur in locum tutoris relegati, datur habenti tutorem, ac ideo curator est, *l.* 28. §. *ult. de excusat. Tut.* neque tamen non tutor appellatur. *l.* 4. *C. in fin. In quib. caus. Tut. vel Cur. hab.* Denique, si tutor appellaverit, aut absit, eo casu dandum *tutorem temporarium*, qui tutela fungatur, est in *l.* 2. *h. t.* cum manifesto datus sit tutorem habenti, ac ita temporarius ille sit curator. *l.* 15. *d. tit.*

8. Casus, quibus ille temporarius vere tutor est, quippe datus non habenti tutorem, sunt sequentes. Qui datur in locum tutoris remoti, *l.* 11. §. 2. *de Testam. Tut.* in locum excusati, *l.* 11. §. 1. *eod.* quamvis & hic improprie curator dicatur in *l.* 2 & *l.* 5. *C. In quib. caus. Tut. vel Cur. hab.* Qui datur in locum muti & surdi tutoris, non habenti tutorem quoque datur, ac ita verus tutor est. *l. penult. de Tutel.* Tutor datus ei, qui habet tutorem sub conditione, vel in diem datum, etiam vere tutor est. §. 1. *Inst. de Attil. Tut. l.* 11. *pr. de Testam. Tut.* Et quidem si quis sub conditione tutorem habeat, quia conditio nihil ponit *in esse*, ut vulgo ajunt, non est dubium, quin hic tutorem non habeat. Sed qui tutorem ex die certo datum accepit, an is ante diem non habet tutorem? Atqui ex die certo obligatur, etiam ante diem est obligatus, §. 2. *Inst. de Verb. obl.* Cur adeo tutor in diem, non statim tutor intelligitur? Est eadem, ut videtur, ratio, quamobrem statuliber, cui in diem libertas est data, non magis ante diem est liber, quam qui sub conditione libertatem accepit. *l.* 9. & *l.* 29. *de Statulib.* Obligatio est jus patrimoniale, quod per se consistit, nec immediate pendet a facultate personalis exercitii: sed libertas & tutela, sunt jura mere personalia, quæ non habent intellectum, nisi ex functione personæ, qualis ante diem functioni præscriptam nulla esse potest. Supererat expositio; an non moribus hodiernis aliqua remanserit differentia inter tutelam atque curam. Sed quia fundamentum differentiæ, quam nos adhuc agnoscimus, est petitio tutoris & curatoris, per alium aut ipsos adolescentes facienda, quæ ad sequentem Rubricam pertinet, ibidem illam observationem subjicere, potius videtur.

T I T. VI.

Qui petant Tutores vel Curatores, & ubi petantur.

I. Qui petere tutores jubeantur sub pœna, qui moneantur duntaxat, & pœna matris non petentis. II. Usus ejus rei hodiernus. III. Modus petendi Tutorem judicialis. IV. Curatorem non nisi ab ipso pubere peti. V. Positiones aliquot inde fluentes, & de usu hodierno. VI. Sequi & inde, quod ad Curam non possint cogi adolescentes. VII. An moribus hodiernis ad Curam cogantur.

(a) QUia magistratus scire non possunt, quibus opus sit tutoribus dandis, officium petendi tutores quibusdam commendatur, aliis ex necessitate imponitur. Commendatio dirigitur ad cognatos, adfines, familiares, educatores & amicos. *l.* 2. *in pr.* & §. 1. *h. t.* Necessitas injungitur matribus & libertis. Mater non petendo ζημιοῦται damno ad-

(a) *Pos.* 1. & 2.

adficitur, Libertus τιμωρεῖται, *corporaliter punitur*, ait Modestinus in *d. l.* 2. Mater enim si non petat tutorem liberis, vel si petat ὁσίας χάριν, *defunctorie* sine effectu, amittit successionem liberorum ante pubertatem ab intestato morientium. *d. l.* 2. §. 2. *l.* 3. *C. ad SC. Tertull.* Intra quod tempus tutor petendus sit, ut a pœna sit liber, expressum non legitur, sed *confestim* officium facere debet. *d. l.* 2. §. 2. At res loquitur, si ante mortem pupilli facta sit petitio, pœnæ hæreditatis amittendæ non esse locum: morte vero eveniente, quocunque tempore non inveniatur tutor petitus, cadit in commissum; debet enim *confestim*., ut dictum, petere: quod tamen ita accipiendum, ut non excludatur civile temporis laxamentum. *arg. l.* 4. *de Vacat. & excus.*

2. Hæc jussio respectu matris jure novo non habet usum, nisi mater ad secunda vota transierit, cum alias sit ipsa tutrix legitima. Tum vero lex acerbe de matribus præsumit, quasi res & vitam liberorum novis maritis dedere solitæ, *l.* 22. ℣. *servi etiam C. de Administr. Tut.* cujusmodi exemplum flagitiis plenum, habet Livius *lib.* 39. *cap.* 8. de quo nos egimus in *lib.* 3. *Digress. cap.* 8. Moribus alicubi certum tempus præfixum legitur, ut duorum mensium in Hollandia quibusdam locis, teste Grotio *lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 21. Sed pœna amittendæ hæreditatis in plerisque Foris abrogata censetur, ut vult Groenevvegius ad *l.* 8. *C. Qui pet. Tut. vel Cur.* aut negligitur. Apud nos abrogatam esse, nemo dixerit; quia nec verum heic est, quod idem abrogati juris auctor scribit ad *l.* 8. *C. Qui dat. Tut.* pœnas legales aliquem jure suo privantes, esse abolitas, ut *alibi* dictum atque dicendum est. Non memini tamen, unquam hujus rigoris exemplum evenisse; cujusmodi rarior usus aut neglectio, ad abolendum jus non sufficit. Adde Carpzov. II. *Const.* 11. *def.* 15.

3. Apud nos, judices pedanei pagorum, vicini & vespillones, jubentur etiam magistratus facere certiores, sine pœna tamen certa. t. *Stat.* 7. *art.* 3. Verum propinqui id officii plurimum præstant, atque simul petendi partibus funguntur, quod plerumque per modum voluntariæ jurisdictionis peragitur; etsi tutoris datio, cum in invitos quoque decernatur, magis sit contentiosæ jurisdictionis. Petens tutorem, constituit se quasi impetrantem sive requirentem, rogatque judicem, ut Titium velit declarare tutorem hujus aut illius, qui postquam animum suum atque consensum exposuit, Judex negotium in acta redigit, atque a novo tutore jusjurandum fidelitatis exigit. Quando autem testamentarius tutor in judicio confirmatur, etsi res ad eundem fere modum vulgo peragi soleat, nihil tamen opus erat, duas quasi partes in judicio constitui, cum nemo testamentarium tutorem petat; sufficere omnino debet, si testamentum judici exhibeatur, ejusque nomen & sententia testamenti actis inseratur, cum exactione jurisjurandi: licet, inquam, tritura fori discrimen hoc parum servet.

4. (b) Hæc quidem de tutoribus. Curatores pro adolescentibus nemo petere cogitur, neque potest petere. *d. l.* 2. §. 4. & 5. Proinde nec mater heic ullam metuit pœnam. *Petendi autem filiis curatores necessitas matribus imposita non est*, ait Alexander Imp. in *l.* 6. *C. Qui pet. Tut.* Ad quæ verba Groenevvegius, *Hodie*, inquit, *sicut tutores, ita & curatores filiis petendi necessitas matri imposita est.* Quod ut verum sit apud Batavos aliosque simili utentes jure, de nostra aliisque gentibus, quæ jure scripto, si Statuto vel consuetudine indubia non sit abolitum, utuntur, minime secus est quam jure Romano cautum. Ita nos servamus. Pro impuberibus petunt propinqui, & quos diximus alii. Puberes ipsi petunt tutores. Ipsi ut impetrantes & requirentes in judicio collocantur, non mater aut alii pro ipsis. Hæc est indubitata nostri juris & moris observatio. Unde fluunt hæ positiones. I. Differentiam inter puberes & impuberes respectu tutelæ atque curæ, non omnem esse sublatam. II. Matrem, quæ transit ad secundas nuptias, non cogi liberis suis petere curatorem. III. Liberos puberes non esse sub legitima matris cura, sed ipsos petere posse curatorem. IV. Si pupilli habentes tutorem, maneant sub ejusdem cura, id eos sua voluntate facere censeri, ut *supra* ex Gailio. V. Si puberes sub ejusdem, qui tutelam habuit cura manere nolint, alium eos curatorem, petere posse. VI. Tutelam ipso jure, pubertate finiri.

5. Hinc etiam sequebatur; tutela pubertate finita, novam confirmationem sive dationem a magistratu esse necessariam, quo pertinet, quod ad *tit. Inst. De Curator. n.* 30. exemplo

(b) *Pos.* 3.

plo rei judicatæ de anno 1619. probavimus, olim placuisse Curiæ nostræ, curatorem, qui fuerat idem tutor pupillæ, non habere jus prohibendi nuptias adultæ, quod alioqui jure nostrate curator habet, quia post finem tutelæ non fuerat de novo, requirente puella, datus & confirmatus curator, idemque latius prosecuti sumus *in Auspic. domest. pag.* 81. & *seqq.* Re tamen ad usum præsentis ævi admota, non videtur dubitandum, quin apud nos idem, quod de Germania Gallium supra affirmantem audivimus, obtineat, ut si tutor manserit in administratione, tempore curæ, id cum adolescentis *voluntate factum videri*, *veteremque* tutelæ dationem sufficere ad auctoritatem curatoris, statuamus. Quod tamen non obstare, quominus si pubes velit, alium petere possit; aut tutor etiam, ubi curæ tempus attigerit, rationes reddere curæque se subducere queat, ex ipsa illa datione, non nisi volente minore facienda, colligi potest.

6. Præterea ex eo, quod diximus, curatorem ab alio quam ab ipso minore peti non posse, colligimus id quod Modestinus scribit in *l.* 2. §. 5. *h. t.* ex Ulpiano egregio, neminem alium pro minore curatorem petere posse. Invitis igitur non potest obtrudi curator, præterquam ad litem, §. 2. *I. de Curat.* vel cum aliud quid majoris momenti agendum est, quod adversarius cum adolescente, propter metum restitutionis in integrum, solo, administrare gravetur, veluti quando solutionem a debitore sibi vult fieri. *l.* 7. §. 2. *de Minor.* Igitur regula est; non coguntur, nisi in litem, aut rem certam. Ad litem autem non coguntur ad hunc aut illum accipiendum, sed aliquem in genere; individui electionem ipsi habent: ergo & regula de non facienda coactione, non de individuo, sed in genere accipienda, alioquin exceptio esset eadem cum regula. Ex quo refellitur eorum sententia, qui minorem cogi ad accipiendum curatorem, non cogi ad hunc aut illum, cavillantur; contra Justiniani clara dicta in *d.* §. 2. Inviti adolescentes curatorem non accipiunt, quod vertit Theophilus *ἄκων οὐδεὶς κουρατωρεύεται*, *Invitus nemo curationi subest*; aperte non ad personam, sed ad munus curatoris se referens. Facit huc *l.* 11. *C. Qui dare tut. vel curat. poss.* ubi dicitur, puberem non habere personam standi in judicio, secundum *Leg.* 2. *C. Qui pers. st. in jud. hab.* nisi interposito decreto de venia ætatis, aut curatore dato sive administrandi patrimonii sive litis gratia. Unde liquet, minores & fuisse absque curatoribus haud raro, & cum lis suscipienda erat, ut curator omnino habendus esset, tamen non fuisse coactos eum ad totum accipere patrimonium; sed hunc recusare, petere autem ad litem, quem vellent, poterant. Scil. olim habebat minor personam standi in judicio, ut de M. Cotta Valerius Max. *l.* 5. *c.* 4.

7. Quapropter, ubi hæc doctrina, quod curator non nisi petenti atque volenti detur adolescenti, recepta est, ibi & illam consequentiam, quod invito non detur curator, obtinere necessum est. Quid igitur, an moribus nostris, invitis adolescentibus a magistratu non datur curator? Non puto, si frugi sint. Nulla lex, nec ulla, opinor, consuetudo coactionis facultatem præbet, neque vero exempla juvenum, qui sine curatoribus egerint, desunt, quod meminerim. Non coguntur quidem a magistratu; sed res plerumque eos cogit; quia vix est, ut non incidant aliquando difficultates negotiorum, in quibus curatore sit opus. Et tamen si quis iam bene compositum habeat patrimonium, ut sine tricis, sine ambagibus & scrupulis tranquille gubernari possit, nihil in jure civili, statutis aut moribus nostris, quo talis adolescens cogatur, extat. Exemplum ea de re dedimus in *prædicto loco Auspiciorum*.

T I T. VII.

De Administratione & periculo Tutorum & Curatorum qui gesserint vel non: & de Agentibus vel conveniendis uno vel pluribus.

I. Præparatoria administrationis 1. Jusjurandum. II. Satisdatio, remissive, *& Inventarii confectio. III. De illius Proibitione. IV. Usus inventarii duplex. V. Post inventarium quid fiat, & summa administrationis. VI. Officium Tutoris in emendis prædiis & pecuniis fœnori collocandis. VII. Non teneri tamen in pecuniis mutuo dandis Tutorem ultra mediocrem diligentiam. VIII. De divisione Tutelæ & periculo Tutelæ divisæ. IX. De periculo Tutelæ indivisæ, & beneficiis Tutoribus concessis. X. Monitum inde collectum. XI. Quatenus Tutor, qui non administrat, teneatur. XII. De actionibus, quas Tutores movent. XIII. Quæ contra eos moveantur, & quomodo, si plures sint Tutores. XIV. Proprio nomine Tutorem non teneri, nisi id actum sit.*

(a) PRæcipua pars & quasi corpus officii tutorii, est *Administratio*, quam comitatur auctoritas, & periculum consequitur, quarum prior & posterior est sub hac Rubrica, sequens titulus de auctoritate. Administratio habet præambulones aliquot, jusjurandum, satisdationem, & inventarii confectionem. Jusjurandum a Justiniano est additum tutoribus dumtaxat datis, ut dictum *ad fin. tit. de Tutor. dat. Ab his volumus*, ait Justinianus, *dum celebratur decretum, quod tradit curam ei, qui ad eam accedit, etiam jusjurandum eum dicere, sacrosancta Dei Evangelia tangentem. Nov. 72. cap. ult.* Quod tamen observatur, ex usu magis arbitrario, ita ut videtur, quam vi verborum, uti cautionis potius, quam necessitatis sit, neque non remitti possit a magistratibus, * aut simplici stipulatione transmitti, ut Faber tradit *lib. 5. C. Tit.25. def. 2.* & Sandius 2. 9. 10. Hoc in testamentariis & legitimis tutoribus eo facilius admittas, quod in illis ne quidem Justinianus juramentum requirendum putaverit. Etsi enim in tota *Nov. 72.* de cunctis tutoribus & curatoribus agatur, tamen hoc *ultimo* in *capite*, ubi de jurejurando, loquitur de cura, *quæ traditur decreto*, quod de sola honoraria intelligi abscisse, patet ex *supra dictis tit. de Testam. & Legit. Tut.* non obst. *l. ult. §. 1. C. Arbitr. Tut.* etsi paulo aliter D. Wissenb. *th. 3. h.* ac aliter moribus, ut dictum *supra*.

2. Secunda administrationis præparatio, est satisdatio, de qua titulum ad Institutiones habuimus, nec est quod heic suppleamus; quando nec de usu ejus hodierno illic quod res est, monere obliti sumus. Adde sis Wissenbach. *th. 2.* hic. Dicamus de confectione inventarii. Esse hoc descriptionem rerum pupillarium, alias & melius repertorium dictum, ex *l. 7. in pr. h.* & aliunde constat. Sciendum tamen, ab illo diversam esse descriptionem rerum, quam magistratus statim a morte patrisfam. fieri curat, indicis & memoriæ causa, quam plerumque sequitur obsignatio custodiæ gratia; ut passim observatur, & cautum est in nostris Statutis *1. tit. 7. art. 2. ubi*; Facient magistratus, *hoc casu*, mortuo Patrefam. sine liberis, aut fieri *curabunt in continenti per suos commissarios, exactum inventarium de familiæ bonis, eaque jubente necessitate, obsignabunt*. Si nempe tutores nulli, aut absentes sint, neque tales amici, quibus sine exceptione fidi possit. Unde liquet, hanc descriptionem esse diversam ab inventario, de quo nos loquimur, utpote, quod ipse tutor aut curator facit, secundum quod bona suscipit, rationes secundum

(a) *Pos.* 1. & 2.

* Consuetudine Saxoniæ hoc juramentum tutoribus perpetuo remittitur, ubi tantum admonentur officii sui & jurisjurandi Magistratui præstiti, ac stipulata manu promittunt, se pupillorum debitam habituros curam vid. *Leipziger confirmirte und wiederholte Vormundschafts-Ordnung* d. An. 1652. §. 9. verb. *So sollen sie, an eines leiblich geschwornen Eides Stat, und bey denen Pflichten, damit sie unserer gnädigsten Herrschaft und uns verwandt und zugethan seyn, mit einem Handschlage gereden, geloben, und zusagen. &c. Leips.* Statut. und Privileg. p. 250. add. Schilt. *ad ff. Ex* 13. §. 18.

dum idem redditurus. *l. ult. C. Arbit. Tut.* Sed ne duplex inventarium gravi sumptu fieri necesse sit, usus rei sic fert, ut prior illa descriptio penitus omittatur, ejusque loco semper & in continenti fiat omnium bonorum obsignatio, exceptis iis, quibus in præsenti carere nequeant. Quæ obsignatio, tutore dein confirmato & petente, rursus a magistratu tollitur: qui tum, præsente & profitente tutore cognatisque pupillorum, facit inventarium *publice*, ut est in *d. l. ult.* Quod si tutor inventario faciendo supersederit * & dolus arguatur, removetur cum infamia, & extra ordinem coercetur, *d. l. 7. pr. h. d. l. ult.* §. 1. teneturque in id quod interest jurejurando in litem æstimandum, *d. l. 7. in pr.* ubi exceptio; nisi id justissima causa interveniente non fecerit.

3. Talis casus est, si pater pupillorum *specialiter inventarium facere prohibuerit. d. l. ult.* §. 1. Qua prohibitione *moribus hodiernis*, nihil est frequentius, tam, quod homines ament statum patrimonii sui habere occultum, quam quod magistratus eam rem non tam pro scopo legis, in securitatem ac utilitatem pupillorum, quam pro jure commodoque officii sui tractant, sumptu modicis hæreditatibus sæpe graviori. Quare pro causa justa omittendi inventarii publici habetur etiam modicitas patrimonii, quoties tutorum & amicorum qualitas plenam pupillis securitatem pollicetur; quemadmodum Curiæ nostræ visum est, ad libellum supplicem *Regneri Lollide Pastoris in Kimsvert, contra Magistratum Hirlinganum. mense Martio* 1679. Ubi illa personarum qualitas & pupillorum securitas non est in conspectu, a publica inventarii forma non est recedendum. Ideoque similem petitionem Curia negavit ad libellum *Jacobi Eesges, contra Magistratus Staurienses d. 29. Mart.* 1680. Cæterum, patris voluntas quomodocumque significata, ad eam rem sufficit, nec opus testamento, aut codicillis. *arg. l. ult. C. de Reb. cor. qui sub tut. vel Cur.* Adeo ut Curia nostra magistratibus Harlinganis negaverit officii sui partes, in hæreditate civis sui & mercatoris, qui in codice rationum suarum scripserat hujusmodi prohibitionem, filioque suo majori natu, advocato & Juris Consulto eximio *Theotardo Vander SLUYS*, dederat auctoritatem pro liberis minoribus occupandi atque res curandi. *d. 22. Febr.* 1681. Quamvis autem publica inventarii confectio remissa sit, tutor ideo sine descriptione res pupillares aggredi non debet; sed coram propinquis & testibus idoneis, indicem rerum fidelem componere debet, ex quo deinceps ratio bonorum constare queat, ut docet usus, & monet D. Schotanus *exam. ad h. t.* Quo servato, non opus est, ut magistratuum arbitrio committendum putemus, an voluntatem testatoris inventarium prohibentis approbare velit, ut Groenevveg. *ad d. l. ult.* §. 1. aliique ab eo citati volunt.

4. (b) Ex his usus inventarii satis liquet, in eo præcipue consistens, ut pupillus scire possit, quid repetendum habeat, utque rationes & reliqua præstentur; cujus rei tam solidum est fundamentum in inventario, ut si tutor deinde præ se ferat, errorem esse commissum in professione facta per inventarium, non audiatur, quominus *secundum vires ejusdem scripturæ, patrimonium pupilli vel adulti exigatur. d. l. ult. in fin. pr.* Quod tamen cum aliquo civili laxamento accipiendum videtur, ut si justissimi erroris causa demonstretur, neganda non sit in integrum restitutio, ut Gothofredus, Autumnus, & Groenevvegius aliique *ad d. l. ult.* censent. Dolo sane alterius si aucta sit professio, textus ipse non negat tutori defensionem; quippe suum dumtaxat factum excusare non potest. *Neque enim sic homo simplex, imo magis stultus,* additum est, *invenitur, ut in publico inventario contra se aliquid scribi patiatur.* Quod si tutor liquido probare possit, procul a stultitiæ nota, suum abesse lapsum, difficile dictu est, hujusmodi officium ipsi esse damnosum: si res magni sit discriminis atque momenti. Alius inventarii usus indicatur in *l. 57. Chirographis debitorum incendio exustis, aut alio casu intereuntibus, tutores ex inventario debitores convenire possunt, ad solvendam pecuniam, aut novationem faciendam.* Qua de re pridem egimus *ad tit.* de *Fide Instr.* & de *amissione eorum, num.* 31. Quibus hoc addemus; ut usum habeat hæc doctrina, requiri I. ut certo constet, instrumentum extitisse ante incendium, & nunc desiderari. II. Ne longo tempore post incendium actio moveatur. III. Ut inventarium contineat substantialia debiti,

(b) *Pos.* 3. & 4.

* Apud nos, sicuti de hærede *supra P. 1. p.* 212. monitum, ita etiam a tutore specificatio jurata exigitur, si inventarium non fuerit confectum, atque hanc Mater quoque tutrix præstare compellitur. conf. *Dec. El.* 21. & 57. Carpz. dec. 14. n. 4. *seq.*

biti, personas debitoris, creditoris, summam & causam debiti; saltem ut de ea quoque constet. Nam sine causæ debiti notitia, non dari petitionem, *alias* satis dictum est. Duo priora deerant in exemplo rei judicatæ, quod in *prædicto loco* retulimus; de inventario facto a judicibus Stellingvverviæ occidentalis. Adsessor judicii, & duo, qui ut testes signaverant, instrumentum adfuisse, cum anno 1668. fieret descriptio, testabantur. Sed instrumentum paulo ante extitisse, & in fuga *anno* 1672. periisse, haud plene erat probatum, decenniumque inter id tempus & petitionem institutam erat elapsum. Reliqua in loco citato videantur.

5. (c) Confectionem inventarii aliquando sequitur divisio patrimonii pupillaris ab aliis, quibus eorum res mixtæ sunt, sive liberi sint diversorum matrimoniorum, sive a bonis novercæ facienda separatio, vel ab alia communione: quam ad rem datus curator, ea peracta, curam suam deponit, ut alius administrationem suscipiat. Plerumque iidem sunt curatores ab initio. Administratio porro vel circa personas pupillorum atque minorum, vel circa res eorum versatur. Prima pars non tam momenti, quam præcepti minus prolixi est. Scilicet, non alimentis tantum & cultui exhibitionis, *l.* 12. §. 3. *h.* sed etiam morum disciplinæ prospiciet tutor, cum sua industria, tum præceptores idoneos seligendo, quibus mercedes non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, & pro dignitate natalium constituet, *d. l.* 12. §. 3. *h. t.* atque ita eum vel studiis liberalibus, vel artificio necessario, ut qualitas ingenii, natalium, & opum ferre videatur, imbuendum curabit. De rebus atque negotiis est summa regula; tutorem, quantum ad providentiam administrationis attinet, loco domini haberi. *l.* 27. *h.* Proinde eandem curam in rebus & negotiis pupillaribus, quam bonus paterfamilias suis rebus adhibet, præstare debet, *l.* 33. *in pr. h. t.* cujus rei enarratio quam late pateat, apparet: a nobis ut declaretur, non expectabitur. An tutor, pupilli debitoribus solvendi tempus prorogare possit, quæri solet. Nihil est facilius. Officium ejus est cogere homines ad solvendum. *l.* 18. *C. h. t.* Rationes de non solvendo recte pro pupillo, minus tuto contra eum inibit. *l.* 28. §. 1. *de Pact.* Re tamen exigente, non gratificandi, sed laxamento civili utendi, quin etiam transigendi potestas, tutori deneganda non est. *l.* 46. §. *ult. h. t.* Plane quod alibi de creditore laudatur; tutorem bene fungi credendum est, *si non acerbum se exactorem, nec contumeliosum præbeat; sed moderatum, & cum efficacia benignum, & cum instantia humanum; nam inter insolentiam incuriosam, & diligentiam non ambitiosam, multum interest.* verba sunt Ulpiani in *l.* 33. *de Usur.*

6. (d) Plus inexpectati est in his duabus positionibus. Prima, tutor in comparandis prædiis tantum de lata culpa tenetur. Altera, in collocandis fœnori pecuniis, de omni periculo tenetur. Prima thesis est in *l.* 7. §. *competet* 2. *h.* Alteram habes in *Authent. Novissime. C. h. t.* Apparet utriusque regulæ eandem esse rationem, quæ hæc est; quod Juris conditoribus impense placeat, pupilli substantiam in rebus soli & bonis consistere duraturis, potius quam in pecunia transitoria, multisque obnoxia casibus. Quanto alioqui unumquodque negotium majoris est momenti, ut est sane rerum soli emptio, tanto intendi potius diligentia, quam remitti merebatur; sed animandi potius, quam deterrendi hac parte visi sunt tutores: pecunias vero pupillares adeo displicuit usuris collocare, ut Justinianus eas recondi & sepeliri malit. *Nov.* 72. *c.* 6. Excepta saltem modica pecuniarum quantitate, quatenus ad exhibitionem pupilli necessariam requiritur. *cap. sequ.* Quod si tutor nihilominus pecunias fœnebres exercere velit, fiat hoc, at sciat, omne periculum ad se pertinere, *d. cap.* 6. *in fin.* concesso tamen ipsi hoc casu bimestri spatio ad circumagendas mutuandi vices, quod etiam jure Pandectarum fuit indultum. *l.* 7. §. 11. *h. t.* Sed tunc etiam tutor ad hoc tenebatur, ut pecunias pupillares nominibus elocaret, alioqui ipse in usuras conveniebatur. *l.* 58. §. 3. *h. l.* 3. *C. de usur. pupill.* Hoc jus Pandectarum moribus hodiernis & rationi rectæ convenientius videtur, quam quod jure novissimo placuit Justiniano, cujus placitis id crebro accidit, ut prudentium approbatio sæpe magis inclinet ad ea, quæ ipsi improbata veteribusque servata sunt. Atque ita in hoc articulo accidit, manifesta gentium conspiratione, ut tutores pecuniam pupillarem licito lucro secundum mores cujusque regionis, fœnori * vel in emptionem

(c) *Pos.* 5. 6. & 7. (d) *Pos.* 8.

præ-

* Cum pecuniam pupillarem fœnori collocare, Tutores moribus nostris & possint & debeant, variæ autem inde lites & damna oriantur, optime sibi & pupillis suis consulunt civitates, quæ ista omnia suis statutis ordinant, ut a Lip-

prædiorum collocare, & si hoc neglexerint, usuras vel id quod interest pupillis refundere teneantur, ut videre licet apud Grot. *Introd. l.* 1. *part.* 9. §. *de penningen.* Neostad. *Decis.* 51. JCti Batavi *part.* 1. *Consil.* 117. Groenevveg. *ad pr. C. h. t.* Andr. Rauchb. *part.* 2. *Quæst. Jur.* 26. *n.* 7. *plures laudat consentientes*. Idemque apud nos, rarissime licet a jure civili discrepantes, *quotidie servatur*.

7. Hoc jure præsupposito, nihil est causæ, quemadmodum nec jure Pandectarum fuit, cur tutores boni patrisfam. & eadem, qua in suis rebus utuntur, cura diligentiaque defungi nequeant in pecuniis fœneratitiis. Etsi quod plerique Justiniani verba de omni periculo in *Nov.* 72. *c.* 6. accipienda putant, ut non aliter, quam si culpa intervenerit, obtineant; quemadmodum Sandius noster in *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 14. & Wissenbachius *th.* 5. *h.* vereor ne non potius æquitati, quam juri scripto conveniat. Observari ita per omnia Europæ fora, non est dubium, sed juri antiquo potius & utilitati pupillorum, quam verbis Justiniani id accepto ferendum, non est quod dubitemus. Duplex judicatum habet Sandius *loco prædicto*, quibus hoc addendum habeo. Inclinare judices, ut ne facile tutoribus officium patiantur esse damnosum, eosque, etsi in genere culpa aliqua non absit, si tamen in hypothesi par factum tutoris extet in propriis rebus, excusandos putent. Exemplum: Sempronius Curator Titii, pecuniam ejus tutissimo loco sitam apud emptorem, qui sub hypotheca privilegiata nummos libenter retinuisset, exegerat, eandemque apud alium amicum, qui deinde bonis cessit, collocaverat. Titius curatorem Sempronium, debito non soluto, conveniebat, utpote cujus temeritate pecunia optimo loco mota, pessimo reposita erat. A Curia tamen absolutus est, eo maxime, quod eodem tempore quingentos florenos eidem debitori tunc temporis non suspecto credidisset. Facit *l.* 1. *in pr. de Tut. & rat. l.* 11. *de C. & D. l. litis.* 37. §. 1. *Negot. gest.* Ita visum in *causa Michiel Bartous contra Dirk Cornelis. d.* 15. *Febr.* 1642. Inter eundem Theodorum Cornelii & Gellium Bartoldi, paulo post decisum est, tutorem, qui unam pupilli obligationem actis insinuari curaverat, alteram neglexerat, omnino teneri ad damnum minori suo luendum. *d.* 20. *Decemb.* 1642.

8. (e) Sequitur pars secunda tituli, DE PERICULO TUTORUM, *Qui gesserint vel non.* Periculum, etsi communiter casum fortuitum vel solum, vel una cum præstatione culpæ significare solet, heic tamen de culpa sola intelligendum esse, natura negotii, quæ non recipit casus fortuitos, *l.* 33. *in pr. h.* latis ultro dictat. Hoc periculum in Rubrica bifariam consideratur, vel eorum qui gesserint, vel qui non gesserint respectu. Sed primo omnium distinguitur inter tutelam divisam, & indivisam. Divisio fit vel a testatore; aut judice, vel a tutoribus ipsis; & hoc quidem casu non variat periculum, sed tutela hactenus pro indivisa habetur. *l.* 2. *C. de divid. Tutel.* Prioribus autem modis factæ divisiones, periculum quoque dividunt, *ut Tutores id invicem non sustineant. d. l.* 2. Proxima distinctio est, utrum omnes, an quidam dumtaxat administraverint. Sed hæc differentia ad tutelam indivisam pertinet. Nam divisione facta, quisque pro sua parte administrat, vel si alius pariter agat, in parte non sua, ut alterius substitutus, agere censendus est, nec ea res ipsum pupillo facit obnoxium. Modo sciant tutores omnes, etiam qui vel quatenus non administrant, id ab ipsis exigi, ut administratorem reddant suspectum, si vel male gerat tutelam, vel facultatibus labatur & sit reliquator. *d. l.* 2. Quod scilicet locum habet, non modo si divisio fiat, sed etiam cum indivisa tutela uni administratio defertur, *l.* 3. §. 2. *h. t.* qua de re locus agendi fuit ad *tit. I. de Satisdat. Tut.* In quem fi-

(e) *Pos.* 9. 10. 11. & 12.

Leidensibus factum est *Ord. Tut.* §. 22. *seqq.* in hanc fere sententiam: Tutores pecunias pupillares consensu Judicii Tutorii, & si fieri potest, interpositis securitatibus fœnori collocanto; hoc facto ipsi securi sunto, nisi major factus latam commisisse Tutores culpam probet; hoc probato sors a Tutoribus pupillo restituitor, usuræ commodo Tutorii cedunto. Si in pecunia pupillari mutuo danda neglexerit Tutor magistratus consensum; sortem & usuras pupillo restituito, nisi justam se adhibuisse diligentiam probare malit, hoc facto, sortem absque usuris reddito: Si pluribus pecunia a Tutore mutuo data, factisque inter eos unus fuerit non solvendo, pupillus aut idonea nomina cum minus idoneis accipito, aut sorte a tutore absque usuris numerata integra contentus esto. Pecuniam a patre collocatam, si tutor consensu magistratus suo loco reliquerit, indemnis esto, nisi major factus latam tutoris culpam in non exigendo commissam probare intendat; quo facto Tutor retentis usuris sortem restituito. Tutoribus ob priorum mortem, vel alia ex ratione mutatis, posterior ob gesta a priore non tenetur; hæredes prioris, si posterior consensu magistratus nomina a priore contracta suo in loco reliquerit, statim liberantor; si hæc nomina inde fiant incerta atque inidonea, Tutor posterior latæ culpæ accusator, eaque probata sortem absque usuris reddito. Pro tutoribus & eorum fide præsumptio militato: Judices ad has causas delegati plane non tenentor.

finem qui non administrant, sive in totum sive pro parte, debent esse observantes & quasi custodes actuum administrantis. Hoc agere debent, ut frequenter eum adeant, rationes ejus inspiciant & sollicite animadvertant, qualiter conversetur. Etenim blandiuntur sibi temere, qui putant tutorem non teneri, nisi quatenus administrat. *d. l.* 3. §. 2.

9. Quando autem nulla divisio, nisi privatim facta, nec administrator jure constitutus est, omnes tenentur, & singuli in solidum, *d. l.* 2. *& l.* 55. *in pr. h. t.* ubi excipitur casus, si pecunia numerata pupilli inter tutores distributa est, tum nemo eorum tenetur in majorem summam quam accepit. Etiam in cæteris habent beneficium divisionis, quatenus omnes solvendo sunt, *l.* 1. §. 10. *& sequ. de Tutel. & rat. distrah.* & beneficium ordinis, ut prius qui in culpa est excutiatur, cæteris *periculo tantum substitutis*. *l.*6. *C. Arbitr. Tut.* Habent etiam beneficium cedendarum actionum, qua petit is, qui in solidum convenitur, ut actiones pupillo adversus reliquos competentes in se transferat, *d. l.* 6. *& d. l.* 2. quo beneficio scil. qui de dolo vel contumacia communi accusatur, caret. *l.* 1. §. 14. *de Tut. & rat. dist. l.*38. §. *ult. h. t.* Non est tamen hoc concessionis beneficium tutori tam necessarium, quam fidejussoribus. Nam si horum unus solidum solverit, is adversus confidejussores non habet regressum, quia quod solvit non erogavit pro ipsis, sed pro debitore principali. *l.* 39. *de Fidejussor.* Tutorum autem onus, a quo solidum exactum est, id pro suis contutoribus æque solvit, sic pro se ipso; Ideoque licet omissa fuerit cessio, datur ei tamen utilis negotiorum gestorum actio adversus contutores. *l.* 1 §. 13. *de Tut. & rat. distrah.*

10. Ex hisce tutores prudentiam agendi, consilio juris instruere possunt: ut si plures sint tutores, divisio fiat, quia communio administrationis heic maxime perniciosa est; ut fiat judicialiter, vel administrator unus, aut duo similiter, in judicio constituantur: ut nec tali casu inutili verecundia quisquam se retardari, quominus in acta rationesque administrandis inquirat, patiatur. Aut si res non ferat, ut judicialis divisio vel administratio stabiliatur; privata divisio tam brevibus temporum vicibus distinguatur, et distractio si qua sit, aut negligentia, sine magna difficultate detegi possit; operaque danda est, ut rationes inter eos sæpe communicentur. Nam divisione nulla judiciali facta, singuli ad rationem universæ administrationis edendam compelli possunt, *d. l.* 2. *& d. l.* 55.

11. Proinde si administratio a judice delata sit uni, alter ad rationes reddendas compelli non debet; in subsidium vero si non reddiderit collegam suspectum, omnino tenetur. Actum ea de re apud Curiam nostram in tali specie; *Sempronius* V. D. minister & curator cum alio, confirmatus erat, hac lege, ut alter administratione fungeretur: qui sic officium gesserat, ut nullæ rationes extarent, nec hæredes ejus ullas reddere possent. Ideoque alter conventus ad rationes reddendas, acta judicii proferebat, in quibus alteri commissa erat administratio. Etsi non ipse ita satis excusaretur, quod collegam non animadvetterat, tamen a petitione reddendi rationes absolutus est; actione tutelæ quo minus in solidum conveniretur in id quod interesset pupilli, nihil obstabat. In causa *Lubbert Roelofs pro se & in qualit. contra Bernhardum Lenstra cum soc. &c. ante ferias O. S.* 1681.

12. Tertia pars Rubricæ superest, *de agentibus, vel conveniendis uno vel pluribus e tutoribus*. Periculum tutorum, proprie cum respectu ad pupillum & actionem ab illo contra tutorem movendam pertinebat. Hac parte de actionibus, quas officii ratione tutores instituunt, vel suscipiunt, agitur. Quod ad res in judicium deducendas attinet, circumspecte tutor agat oportet, ne temere litiget: quo facto ipse damno litis coercebitur, ut juris est *l.*6. *C. h.* atque in Curia nostra servatur. *Tutor ad utilitatem pupilli rem in judicium deducere potest*, ait Paulus in *l.* 22. *h. t.* in quem finem apud Batavos cautum, ne tutores incipiant lites, nisi prævio magistratus decreto: quod si omiserint, victi tenentur ad impensas litis, ut scribit Grotius 1. *Introd. c.* 14. *n.* 7. Groenevveg. *ad l.* 6. *h. t.* Porro, si duobus simul tutela gerenda permissa est, vel a parente, vel a contutoribus, vel a magistratibus, etiam uni agere licitum est, * quia duo simul agere non possunt, habetur in *l.* 24. §. 1. *h.* idemque est in *Tit. C. Si ex pluribus Tutor. vel Curat. omnes vel unus agere pro minore, vel conveniri possint.* Nomina quoque & actiones ab alio tutore sibi traditas, præsens tutor

* Non tamen in Saxon. Electorali, si quidem *O. P. S. Tit.* 9. §. 1. Tutores & Curatores conjunctim actiones pupillorum instituere & suscipere jubet, nisi periculum in mora, aliave justa causa id prohibeat. vid. Menoken. *Disp. Prac. VI. ad d. tit.* §. 1. *seq.*

tor suscipere & exequi cogitur, sed absque suo periculo. *l.* 35. *h. t.* Tutela divisa nemo alius quam de rebus ad suam administrationis partem spectantibus, litem movere potest. *d. l.* 2. *C. de Divid. Tut. l.* 36. *h. t.* Finita tutela vel cura, nullas amplius actiones, etsi in administratione perseverent, inferre posse, res ipsa loquitur, & *l.* 39. *in. pr. h. t.*

13. (f) Denique pupillum multo magis defendere debet tutor; præcipuum enim tutoris officium est, ne indefensum relinquat pupillum, ait *l.* 30. *h.* Nec dubium, quin ab uno etiam e pluribus recte defendatur. *l.* 1. *C. d. tit. Si ex plur. Tut.* Sed an creditores habeant electionem, quem velit eligere tutorem, ut is litem in solidum suscipiat, ambigitur. Adfirmatur *ex l.* 36. *h. t.* idemque illustratur ex *l.* 47. §. *ult.* suffragante hac ratione, quod divisio fit jurisdictionis, non juris, ex officio magistratus aut conventione tutorum instituta, per quam tertio creditori nullum fiat præjudicium. *d. l.* 36. Sed huic sententiæ juris verissimæ, obstat Rescriptum Imperatoris Constantini: *Si divisum administrationis periculum per provincias sit, hic tantum omnibus insinuari convenit & ab ipsis inferri litem, qui in ea provincia tutelæ vel curæ officium sustinent, ne de aliis provinciis defensores minorum ad judicia perducantur, l.* 2. *C. Si ex plur. Tutor.* Responsio communis est ex Cujacio, hanc Legem loqui tantum de denunciatione solenni futuræ litis, quæ olim erat in usu, quod liqueat ex *l.* 1. *C.* Theodos. *de Denunciat. & edit. Rescr.* Cujac. 17. *obs.* 8. Gothofred. *ad d. l.* 2. Giphan. *in l.* 2. *C. de divid. Tut.* Wissenb. *ad h. t. th.* 7. Nos legem hanc esse decerptam ex *d. l.* 1. *C. Theod.* videmus; sed inde sequi, tantum in ea de antiqua & obsoleta litis denunciatione, quæ judicium præcedebat, agi, non videmus. Nam primo Justiniani tempore non erat amplius in usu, ut Cujacius *d. loco* & Jac. Gothofred. ad *d. l.* 1. agnoscunt. Idem igitur hæc verba de re obsoleta percipi noluit; sed de eo, quod tunc usum habebat; quod & verba textus facile ferunt: *inferri litem, ad judicia perducantur &c.* Apparet, scopum esse Justiniani; ne divisio administrationis secundum provincias, lite promiscue illata, confundatur, sed ut in creditores alicujus provinciæ tutoribus ejusdem stationis in jus vocandis sint contenti; neque diversæ provinciæ tutores ad eandem litem ciere possint. Sit igitur hæc limitatio veteris doctrinæ, tutorum divisio non præjudicat creditoribus, nisi hactenus, ut hi diversæ provinciæ tutores ad idem Forum ne trahant. Verum estne creditori necesse cunctos ejusdem provinciæ tutores vocare ad unam litem; neque sufficeret unum aut aliquos citati? Certe in *d. l.* 2. ita habetur, *his tantum OMNIBUS insinuari convenit*. Non censeo tamen: hæserit hoc ex integra Constitutione, quæ est in Codice Theodosiano, qua denunciatio præcedens omnibus fieri debebat. Justinianus hoc agit in suo textu, ut prohibeat, *ne de aliis provinciis defensores minorum ad judicia perducantur.* In eadem provincia jus vetus agendi mutare, non fuit consilium; etsi magis faciendum sit, ut omnes ejusdem provinciæ vocentur. Igitur colligamus hanc observationem in Foro quoque tenendam. Si tutores per regiones sive provincias divisam habeant tutelam, creditorem, unius provinciæ tutores convenire debere, habitantes in diversa provincia resque ibi sitas administrantes, non posse vocare. Quod si non omnes ejus provinciæ vocaverit, etsi hoc fieri satius est, non ideo tamen esse vitiosam citationem. *d. l.* 1. *C. Si ex plur. Tut. d. l.* 36. *h. t.*

14. Quidquid autem tutores egerint pro pupillis, de hoc ipsi proprio nomine conveniri non possunt; *Generaliter enim definitum est, post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri. l.* 26. *C. h. t.* nec plane quidquam præjudicii illis ex auctoritate vel consensu creatur, *ib. in fin. l.* 1. *C. Quand. ex fact. Tut.* Adeo ut nec finita, nec durante cura, suo nomine judicati actione convenire possint, *l.* 4. §. 1. *de Re Judic.* etsi pupillus, postquam auctore tutore litem suscepit, hæreditate patris se abstinuerit, tametsi quoque tutor satisdederit, *l.* 2. *pr.* & §. 1. *h. t.* scilicet judicatum solvi; quippe sublata obligatione principali, tollitur etiam accessoria. *l.* 15. *C. h. t.* Verum si contractui alicui subscripserit ut fidejussor, hoc animo, ut si pupillus non solveret, ipse teneretur, eo casu proprio nomine post finem quoque tutelæ conveniri posset. *d. l.* 15. *in pr. l.* 67. *D. de Procurator.* Sed frequenter usu venit, ut tutores atque curatores in contractibus tutorio nomine initis, subjiciant hanc clausulam; *sub hypotheca meorum & pupilli mei bonorum.* Aut ita

(f) *Pos.* 13.

ita vernacule; *onder verbant van myn ende in qualiteiten Goederen*. An vi talis clausulæ tutor suo nomine conveniri, & executione rejudicatæ urgeri possit, quæritur. Existimavi semper, quoties ea species incidit, tutorem exinde nomine proprio non teneri. Quia quem principalis obligatio non tenet, ad illum accessoria, qualis est hypothecaria, pertingere non potest. *Sed in dubio subjecta pignoris obligatio interpretationem accipere debet ex principali obligatione*. Ut ait in hac ipsa quæstione Antonius Faber ad *h. t. C. def.* 5. præsertim, quia talis clausula, ut ipse quoque monet, in stylum fere notariorum influit incuriose. Ipse adeo ita statuit de tali clausula; *obligeant pour ce leurs personnes & biens, avec la clause de constitut*, id est, *sub obligatione personæ & bonorum suorum, cum clausula constituti*. Scil. in illa specie tutor se nomine pupilli cum alio correo devinxerat. Quod si non tantum in clausula obligationi obiter subjecta, sed etiam in ipsa obligatione suæ personæ bonorumque suorum meminerit tutor eaque obstrinxerit, etsi narratio contractus sit pro pupillis, inde tamen fidejussio, vel novatio facilius intelligi potest. Ita Curiæ nostræ visum in quæstione mutui, quod curator pro suis pupillis acceperat: verum adjecerat non modo hanc clausulam ordinariam, *Obligans mea & pupillorum bona*, sed etiam in repromissione reddendi pecuniam ita dixerat; *Aenneemende voor my ende in Qualiteit, ook voor myne Erfgenamen*. Etsi cura jam finita esset, rationibus tamen necdum approbatis, de quibus litigabatur, ipse proprio nomine condemnatus est, in causa *Petronellæ de Velsen*, contra *Onufrium Beintema van der Meulen*, *&c. ante ferias O. S.* 1681. Si rationes comprobatæ ac ibi mutuum illud acceptatum fuisset, non nisi subsidiaria in ipsum actio competiisset. Verum & hoc sæpe quæsitum est; si quando super rationibus disceptatur, uter interim sit conveniendus, tutor an pupillus. Dicendum, neuter; si tutor se nomine proprio non obligaverit; nam pupillus quamobrem hoc casu non teneatur, videbimus *ad tit. Quand. ex fact. Tut. vel Cur.* Hæc ita de tutoribus dicta, de curatoribus æque per omnia intelliguntur, nisi quod horum in mere personalibus, ut sunt nuptiæ, cesset officium. Verum heic de patrimonialibus actum. Illud discrimen alibi declaratum est.

TIT. VIII.

De Auctoritate & Consensu Tutorum & Curatorum.

I. De voce auctoritatis Remissio, *& quis auctoretur. II. De consensu Curatoris, & usu rei. III. Si minores se obligare velint, quid juris.*

(a) AUctor ad augendo dictus, significat eum, qui alium *auget*, instruit consilio, vel jure aliquo. Unde auctoritas actum, ejusmodi consilio & jure aliquem augendi, instruendi. Hinc notissimo sensu auctorem alicui esse *pro suadere*. Auctoritas suadendi, opposita potestati jubendi, Tacit. *Germ. c.* 11. Auctor juris, venditor, & omnis, a quo jus ad alios transiit. *l. 4. §. ult. l. 52. §. ult. de Act. Empt.* Auctor judex, a quo nobis addicta res est, *l.* 137. *de R. J.* Hinc auctoritas senatus erga populum, quando senatus probabat, ut aliquid populo proponeretur. Liv. 1. c. 17. Postea princeps auctor senatui juris condendi, *l. 32. pr. de donat. int. vir. & ux.* & *passim*. id est, non modo suasor, sed etiam dictator & dux agendi, ut Tacitus, *Idem suasor auctorque consilii ero*. 3. *Histor.* 2. Hoc modo tutor est auctor pupillo, i. e. dux, suasor, & approbator. Totum de auctoritate locum, apud *Institutiones* absolvimus. Adde, si plures sint tutores, sufficit unius auctoritas, *l. 4. h.* adeo ut honorarius tutor, & qui notitiæ causa datus est, recte adhibeatur, *l. 14. §. 1. 5. & 6 de Solut. l. 49. de adq. her.* addetur exceptio in *d. §. 1.* nisi interdicta sit ipsis administratio, quales & in *d. l.* 4. intelligi possunt his verbis, *quibus administratio tutelæ concessa non est*, & tum nihil erit pugnæ inter *d. l. 4. & l. 14. §. 1.* Quod si tutela sit divisa, singuli pro suis partibus auctorari debent; nisi cum aliquid agitur, unde resolutio actionis tutelæ, & liberatio tutoris secutura sit. *l. ult. h. t. & l. ult. C. de Auct. Præst.*

2. (b) Curator cum adulto tam valide non concurrit. Dicitur ei consentire, non auctorari. Hinc

(a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3.

Hinc in Rubrica de *auctoritate* tutorum & *consensu* curatorum: quod etiam ita in *l.* 20. *in fin. C. de Administ. Tut.* Moribus hodiernis, ut differentia tutorum & curatorum, ita discrimen auctoritatis & consensus non observatur. Imo auctoritatis usus admodum rarus esse videtur. Primo enim infantibus, qui non intelligunt quod agunt, auctoritas ne jure civili quidem applicari potest. *l.* 1. §. 2. *de Administr. Tut. l.* 9. *de Adquir. hæred. l.* 32. §. 2. *de Adquir. poss. l.* 3. *C. eod. tit.* Et cum eodem jure civili tutor etiam pro majoribus infantia occupare, & sine auctoritate, id est approbatione ejus, quod papillus gessit, ipse tutus & solus agere possit, *d. l.* 1. §. 2. usu rerum hominumque ita semper fieri videmus. † Imo curatores idem in rebus puberum continuare solent, nec nisi plenæ pubertatis annos egressos, rebus majoris momenti admovere solent. In modicis & quotidianis negotiis tutorum & curatorum subsequens consensus loco auctoritatis, quam leges in ipso negotii tractu requirunt, usurpantur. In ipsis quoque judiciis vix unqnam tutores aut curatores ut auctores, pupillorum nominibus apponi videmus. Sed ipsi in qualitate tutorum soli movent litem, soli ad finem usque prosequuntur. Nec tamen est abolitum auctoritatis institutum. Ipse meæ curæ commissos liti quidem movendæ admovi, ut illorum nominibus in fronte præpositis, meum ut auctoris adjicerem, quod perinde visum, ac si pro minore occupassem & solus egissem, ut de infantia majoribus dicta *Lex* 1. §. 2. docet. Fit hoc autem, ut minoris aut pupilli persona adhibeatur, quando tutor invidiam litis motæ primo aditu vult amoliri. Mos ordinarius, ut dictum, est, ut curator agat pro minoribus, æque ac tutor pro pupillis.

3. Verum est interim, pupillos & minores, sine tutorum auctoritate, vel curatorum consensu nihil agere posse, nec eos civiliter obligari, dumtaxat obligationem, manente cura, nullum habere effectum, quemadmodum verior juris civilis tenet sententia, quam exposuimus *ad Inst. pag.* 302. & ad *tit. ff. de Minor. Parte* 2. *pag.* 174. secundum quam, contractus minorum sine consensu curatorum, subtilitate juris valent quidem, sed cura impedit omnem effectum. Et ideo si cura finita, quod minor promiserat, jam major factus constituerit, hoc valebit, si aliter Statutis aut moribus specialiter non sit receptum; quod non valeret, si contractus esset ipso jure nullus, ut docet Sandius *lib.* 3. *tit.* 1. *def.* 1. In hoc igitur curatorum consensus adhuc dum elucet, quod si minores aliquid agere, contrahere velint, hunc eos implorare oporteat. An curatores cogi possunt ut consensum adhibeant? Non posse tutorem cogi ad auctoritatem interponendam, respondet Paulus; quia si non expedit, iniquum est; si expedit, supervacuum: quia pupillus tutelæ judicio id quod interest habere potest. *l.* 17. *h.* Hanc legem esse abrogandam, censent Autumnus & Groenevvegius. Tu ita, censeo, dicas; in tutela nullam esse causam abrogandi; lex tutorem habet loco patris & domini, *l.* 27. *de Administr. Tut.* cogere dominos ad res agendas incivile est, nec in universum pupillis utile: cum ipsi tam valide de rebus agendis judicare nequeant, alios habere tutorum coactores. De consensu vero curatorum Paulus ipse non loquitur. Nec adeo dubitandum, quin si minor contractum aliquem vere sibi utilissimum inire velit, cui curator consentire nolit, magistratus officium implorare possit, ita quemadmodum de feminis respectu curæ maritalis, diximus *ad Tit. de Tut. n.* 15. Reliqua de tutorum auctoritate pete sis ex *tit. prædicto Institut.*

TIT.

† Quod olim jam constitutum est, ut, si plures sunt tutores, omnes atque singuli pupillorum nomine agant atque respondeant, nisi forte divisis officiis, aut unus alterve ad certas causas sit ordinatus, quo casu etiam singuli recte se judicio sistunt. *O. P. S E. f. & E. Tit.* 9. §. 1. Caeterum tutores, & curatores absque pupillorum suorum & minorum consensu omnes actus specialis mandati expediunt, actores etiam constituunt, absque minorum subscriptione, licet hi forte a majori ætate proxime absint: actoria tamen ejusmodi, tutore mortuo, aut tutela alias finita, statim exspirant. *d. Tit.* §. 1.

TIT. IX.

Quando ex facto Tutoris vel Curatoris, minores agere vel conveniri possint.

I. Exegesis Rubricæ. II. Quid juris, si post finitam curam creditores agant, an pupillos convenire possint.

(a) NOta est regula juris civilis; *alii per alium non adquiri obligationem. l.* 38. §. 17. *& l.* 126. §. 2. *de V.O.* Notæ sunt etiam exceptiones, de quibus actum ad *Inst. tit. de Inutil. stipul. pag.* 304. Est & hæc una earum exceptionum, quibus alius alii obligationem quærere potest: quod ex contractu tutorum, etiam ubi proprio nomine, sed pecunia pupillorum contraxerunt, actio datur pupillis utilis; velut si tutor vel curator pecuniam minoris credidit, & sibi illam reddi stipulatus est, vel si quam rem pecunia pupilli emerit, eam rem pupillus vindicare potest, *l.* 2. *h. & l.* 2. *C. h.t.* quod aliis non licet, nisi militibus. 6. *l.* 8. *C. de R. V.* cujus rei usum explicat D. Schotan. *exam. ad h.t.* Vicissim ex tutorum contractibus pupilli tenentur, nisi quatenus dolum admisit tutor, tunc enim non tenentur pupilli, nisi quatenus sunt locupletiores, *l.* 3. *h. d.l.* 2. 3. & 4. *C. h.t.* Non tenentur etiam ex mutuo a tutore vel curatore nomine ipsorum contracto, si pecuniæ in res eorum versæ non sint; hoc enim requiritur in *l.* 3. *C. Si ex fact. Tut. vel Cur. l.* 2. *C. de Cur. fur.* Quod si ex rationibus redditis constet, pecuniam non esse versam in utilitatem pupilli, actio in hunc nulla datur. *arg. d.l. ll.* Et hoc quidem indubitatum, sicut etiam, durante cura ipsum in qualitate sua tutorem conveniri.

2. Sed est difficultas, quid facto opus, si post finitam tutelam de rationibus ambigatur & discrepetur, quod aliquando pluribus annis continuatur. Tutor finita tutela non tenetur, ut probatum ex *l.* 1. *C. h. t. l.* 2. *D. de Administr. Tut.* pupilli non tenentur, nisi in rem eorum sit versum. *d. l.* 3. *C. h. t. & d. l.* 2. *C. de Cur. fur.* Et hoc rationibus non approbatis, liquere non potest: utique si pupilli negent, tutori opus fuisse pecunia mutuo sumpta, satis eum de suis habuisse nummis; quo necessitatibus curæ satis faceret. Si creditor hoc refellere nequeat, pupillos vel adultos ad solvendum cogere non potest. Atque idcirco in nostra Curia semper, quod ego meminerim, creditores illi repulsam tulerunt ad tempus, *voor als noch.* Quid vero si creditores probent, ipsos illos nummos a se creditos in rem pupillorum minorumve fuisse conversos, nonne tum satis quod desideratur probasse videntur? Ne hoc quidem sufficere, nostra Curia sæpe judicavit, nominatim *in causa Johannis Staphorstii cum sociis, contra Ynse Jacobs cum soc.* ante ferias Natal. 1680. & deinceps contra reos prænobiles, quorum curator foro cesserat, & de rationibus disceptabatur; etsi creditores probabant, de suis pecuniis soluta esse alimenta pupillorum, mercedes præceptorum, & id genus alia maxime necessaria. Idem rursus ad libellum supplicem *Theotardi vander Leely, contra Remigiam Hoytema*, quæ curatori cuidam ducentos aureos crediderat, eosque probabat esse conversos ad usus necessarios pupillorum; pecunia relata erat in accepta; sumptus illi necessarii inter expensa. Tamen quia curator rationes nondum approbaverat, ut minime constaret, an non ex propriis pupillorum pecuniis, quas intervertisset, illi sumptus prorogari potuissent, Curia rescripsit, executione supersedendum esse, donec rationes excussæ forent. *d.* 25. *Novemb.* 1681. Quod tam ratio, quam utilitas manifesta pupillorum exigit; quia non potest dici pecunia in rem eorum esse versa, quæ plane pro illis, nummis ipsorum non deficientibus, impendi non debuit, neque tam corpora nummorum, quam *crediti causa*, *secundum juris* rationem est consideranda.

(a) *Pos.* n. 2. & 3.

TIT. X.

De suspectis Tutoribus & Curatoribus.

I. Remissio ad Inst. & usus hodiernus. II. De modis finiendi curam, & primo de ætate 25. annorum. III. Secundo, de Venia ætatis. IV. Quatenus hæc filiisfam. concedatur. V. Tertio, de matrimonio. VI. De aliis quibusdam modis, ubi & de Pacto, VII. Finita Tutela quid fiat.

(a) AGnoscit lector eandem, quæ fuit apud Institutiones, Rubricam, ibi plena manu expositam. Ut heic eam sicco pede transilire liceret, nisi de modis finiendi curam, qui in Pandectis alium locum non habent, dicendum quid superesset. De usu accusationis suspecti, statim a *princ. d. tit. Inst.* diximus, hoc tamen addendo. Non esse quod jus accusandi tutorem suspectum omnino abolitum statuamus, nec adeo prohibitum iri, si quis hoc pietatis officium erga pupillos occupare velit: nisi quod mollior via exigendi rationes, quæ nunc ante finem tutelæ sæpe redduntur, eligi solet, aut delationis ad procuratorem generalem, qui tum ex officio peragit accusationem, sive ordinario processu, sive causa extra ordinem cognita, cujus ordo colligi potest ex hac sententia Curiæ nostræ, cujus summam lectoris cum venia subjiciam. *Quia Curiæ patuit ex accusatione procuratoris generalis, ejusdemque informationibus præparatoriis, & ex relatione commissarii actisque & rationibus coram illo productis, & confessione partium in recessu Curiæ factis*, Lucium Titium & Cajum Sempronium, nullo modo qualificatos *esse ad continuandum in curatione* Nannii Petri, *Curia prædictos Titium & Sempronium ut suspectos removit, iisque injungit ab administratione bonorum Nannii Petri abstinere; condemnat eos, intra mensem restituere quingentos & undecim florenos de minoris sui pecuniis aversos; sub pœna carceris. Porro jubet Curia hoc decretum in auditorio publico tam Curiæ quam judicis inferioris, recitari. Ita post citationem præviam publicatum d. X. Novemb.* 1674. Videmus in hac sententia nullam infamiæ nec ullam doli mentionem fieri: pro clementia horum temporum, non facile infamiam hominibus irrogantium, de qua diximus *ad tit. de his, qui infam. not. in fin.* Quandoque, nullo etiam deferente, præses ex officio idem agere potest. Sic cum in lite apud Curiam duo curatores diversorum ejusdem pupilli patrimoniorum, sibi invicem fraudes & inertiam objecissent, ac etiam probassent, singuli videlicet toti inhiantes curæ, procuratori generali injunctum est, ut ambos accusaret. *d.* 9. *Decembris* 1681.

2. Quibus modis tutela finiatur, habuimus ad *Institut.* in quibus hac de re est titulus singularis: nec quod ibi indictum, memorabile quidquam occurrit. Modi, quibus cura finitur, nec ibi, nec usquam uno loco traduntur; non est alius commodior, quam hic locus de illis agendi. Primus igitur modus, quo CURA finitur, est ætas 25. annorum, quo virilem vigorem impleri constat. *l. 1. de Minor.* Idque ipso jure, sine ullo judicis decreto, tametsi curator rationes necdum reddiderit. *d. l. 1.* Quod & Curiæ nostræ visum in hujusmodi causa. Titia hæres instituta erat sub conditione exhæredationis, si absque consensu Sempronii curatoris sui nupsisset. Post impletos 25. annos ætatis, nupserat sine consensu Sempronii. Cum hæreditatem e manu Sempronii peteret, & hic clausulam exhæredationis, quasi impleta conditione, objiceret, condemnatus est, nulla ratione habita factorum, quæ hinc inde jactabantur, eo solo, quod Sempronius tempore nuptiarum curator esse desiisset: etsi nec conditio illa, si maxime ante impletam ætatem nupsisset, legibus erat conveniens. *l. 72. §. 4. de Cond. & Demonstr. l. 134. pr. de V. O.* Ita in causa *G. B. cum soc. contra Corneliam Rosema, ante ferias Natal.* 1679.

3. Secundo finitur cura per veniam ætatis, quæ concedi potest adolescentibus 20. annorum, puellis octodecim natis annos; si hæ, licet absentes, per quinque testes, illi per tres, industriam & frugalitatem suam probaverint. *l. 1. §. ult. de Minor. t. tit. C. de His, qui ven. æt. impetr.* Est hoc jus penes Principem, *d. l. 1. §. ult. l. 3. pr. eod. l. 1. & l. 2. d. tit. C.* quia magistratus potestatem excedit, cum is sit mini-

(a) *Pos. un.*

nister, non dispensator legum. Sed apud nos a Curia Suprema exercetur, non quatenus est judicum consessus; sed quia habet reliquias principalis fastigii, cujus olim omnem habuit administrationem. In Hollandia hæc venia ab Ordinibus, qui jus Principis habent, impetranda est: qui per modum gratiæ indulgent hoc jus aliquando minoribus annis 20., quod Principes Romani sibi aliisque non indulgent. *d. l. ll.* Neque Curia nostra, ne gravissimis quidem causis, etsi minor uxorem duxerit, mercaturam exerceat, munus publicum gerat, ut sæpe recordor usu venisse. In tantum, ut cum petitori triduum a viginti annis deesset, venia tantisper dilata sit, quod accidit *d.* 8. *Novembr.* 1681. Methodus alioqui facilis est. Adolescens petit a Curia per libellum supplicem *commissarium*, qui in ætatem moresque supplicantis inquirat, item an curator consentiat, vel justam habeat contradicendi causam; sæpe enim invito illo venia conceditur; non æque si petitor sit filiusfam: quia prius est emancipandus, quod non nisi a volente patre fieri, notum, & dictum est alias.

4. Fert ita Curiæ stylus, ut non nisi prævia emancipatione, venia ætatis detur filiofam. Tu dices; separatæ res sunt, venia ætatis & patria potestas. Nam venia nihil dat, quam quod ætas ipsa 25. annorum dabit, quorum jus venia repræsentat. Atqui filius annis 25. major, non solvitur patria potestate. Quare si ætas 25. annorum & patria potestas simul constare possunt, cur venia ætatis cum illa conciliari nequeat? Ratio est, quia venia non simpliciter repræsentat jus perfectæ ætatis, sed tribuit administrationem bonorum suorum filio, quod patria potestas complectitur. Irritum igitur esset veniæ decretum, quia patri suum jus auferri non potest. Quæsitum est, an filiusfamil. cujus pater uxorem, quæ mater erat filii, malitiose deseruerat, quæ & alii nupserat, veniam ætatis impetrare posset, cum patre absente emancipari nequiret. Primo visum est non posse, ad libellum *Isaaci de Goos d.* 12. *Nov.* 1681. Biduo tamen post concessa fuit, secundis curis, hac ratione, quod pater injustam divortii causam præbens, usufructu bonorum filialium & administratione privatur, atque ipse monasterio, deprehensus, includitur. *Nov.* 134. *c.* 11. Quæ res, etsi patriam potestatem non tollat, tamen ad veniam ætatis filio dandam sufficit; quia patria potestas, ut diximus, cum venia ætatis bene potest consistere, modo pater non habeat jus in bona filii administranda, quod hic deficiebat. Ex quo tamen non sequitur, si patri administratio certorum bonorum filio relictorum, a testatore prohibita sit, veniam ætatis sine emancipatione posse concedi; quoniam hæc non ad certa, verum ad omnia bona, præsentia & futura pertinet. Modus, secundum quem venia in Hollandia petitur, expositus est a Groenevveg. *ad l.* 2. *C. d. tit.* Petitur autem & conceditur hæc venia ætatis frequentissime. Quæ res occasionem quibusdam populis dedisse videtur, ut in universum viginti annos aut unum & viginti, statuerent ætatem esse legitimam, ut tunc etiam res immobiles alienare possint, quod alioqui facere non possunt, qui veniam consecuti sunt, *l.* 3. *C. d. tit.* & jam diximus *ad tit. de Minor. n.* 10. In locis hodie, quibus summa potestas per se dat veniam ætatis, hæc facultas alienandi res soli plerumque adjicitur, licet Imperator Romanus id facere solitus non sit, uti nec apud nos unquam fit, nec fieri posse videtur, per *d. l.* 3.

5. Tertius modus finiendi curam, est matrimonium puellæ; non per se, verum per consequentiam, si veniat in manum mariti, jure veteri; moribus hodiernis, quia vir est curator uxoris, ideoque cessat hic modus, si vir ipse adhuc in cura sit; ut dictum *ad Tit. de Tutelis.* Adolescens per matrimonium non desinit esse in cura, nec jure communi, nec moribus nostris, aut plerarumque gentium, ut recte Christinæ, *vol.* 2. *decis.* 132. *n.* 15. Etsi de Bataviæ moribus contra testatur Groenevveg. *ad d. l.* 2. *C. de His, qui ven. æt. imp. n.* 7. Vid. Zypæ, *notit. jur. Belg. Tit. de Tutor. vers. Matrimonio*.

6. Quarto, tutela prodigorum & furiosorum finitur, ubi ad sanam mentem sanosque mores redierint, ut videbimus *ad tit. de Reb. cor. qui sub Tut.* His adde reliquos modos, quibus tutelam accipere finem, constat *ex d. tit. Inst. Quib. mod. Tut. fin.* excepta scilicet pubertate. Non est inter eos modos pactum, ut habuimus ad *præd. tit. Inst. n.* 4. Scilicet tutor vel curator, qui pactus est, ut alius post certum tempus curam susciperet, ex eo pacto agere alterumque cogere non potest, ut recte Sandius *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 4. At si magistratus tutorem curatoremve liberet a tutela curave curatorio decreto, ut sæpe fit, an id jure fiat, adeoque tutor ille sic liberatus, omnino liber sit a periculo tutelæ, non imme-

merito quæritur. De tutore quidem juris ratio non patitur, ut eum aliter a magistratu liberari posse statuamus, quam ex causis legibus proditis, quæ certæ & nominatim expressæ sunt, quas habuimus, & habebimus *ad Tit. de Excus.* Magistratus igitur, quoniam est minister legis, nihilo plus hac parte potest, quam Tutores inter se; alioqui lex frustra certas causas nominatim præscriberet, si tutelæ finis a magistratus arbitrio penderet. Quia tutela publici juris est, & certis modis finitur, hinc senatus censuit, conventionem de finienda tutela esse inefficacem, ait Sandius *d. def.* 4. Quæ ratio magistratibus æque convenit. Est hæc res plane supra ministerium legum: ideoque Principis opus: & Princeps Romanus in talibus absoluta potestate sua non solet uti: posse tamen, non negem; & quia Curia Suprema jure Principis in talibus utitur, hæc idem, ut videtur, decernere posset: factum id tamen esse, non memini, & est Curia nostra alias dispensationum parcissima. Sed magistratus inferiores, legum incuria faciliores se præbent; sic autem de illis est statuendum: si pupillus ex tali mutatione damnum sit passus, tutorem, qui ex causa legibus incognita dimissus & exauctoratus est, non esse liberum, nec ipsum adeo magistratum a subsidiaria pupilli actione. *arg.* §. *ult. Inst. de Excusat. Tut.* De curatore videndum, an non diversa sit ratio: quoniam hic ab adolescente volente petitur. Et quidem, si contentus sit curatorem suum dimittere aliumque petere, & alius æque idoneus curam suscipere paratus sit, admitti mutationem a Curia, non est insolens. Sed necessitas muneris publici, quæ ex legibus oritur, quæ leges curæ quoque finiendæ nominatim certos modos præscripserunt, cessare videtur; ut alius curator eo casu ad curam suscipiendam cogi non posset, quia publica necessitas ex legibus oritur. His autem talis delatio curæ, propter causas legibus non expressas, plane incognita est; numerum vero causarum excusandi & finiendi, excedere non licet, *neque sententia senatus, neque alia qua adinventione*, ut est in *l.* 6. §. 3. *de Excusat. in simili.* juncta *l.* 17. §. 3. *in fin. eodem.*

7. Quid alioqui finita tutela fiat, quomodo pupillo prospiciatur, ad *prædictum tit. Instit. sub fin.* distincte explicatum est, ibique postremo loco scriptum est, matre secundis nuptiis a tutela remota, non legitimæ, sed dativæ tutelæ esse locum, ex *Lege* 2. *C. Quand. mul.* ubi matri partes tutorem petendi imponuntur, quod & *superius* repetitum est, idque sic invenio judicatum a Curia nostra, apud Nautam, *die* 27. *Octobr.* 1640. qui addit etiam, matris petitionem non præscribere judici, quominus alium aptiorem eligere possit; quemadmodum illic avo materno, prælatus erat alius externi sanguinis, in causa *Leenert Ritskes cum soc. contra Gerbrich. Harmens & Egbertum Dominici*. Plura ad hunc tit. memorabilia non occurrunt. Nam quod de ratione differentiæ laboratur, quamobrem tutor suspectus ob facultates suas non fiat, hæres fiat suspectus ob easdem, parum habet difficultatis, & a nobis expositum est in *lib.* 3. *Digress. c. pen.* ubi contra Wissenbachii nostri censuram in *Theodorum Græcum & Cujacium*, pro hisce disputavimus.

LIB.

LIB. XXVII. TIT. I.

De Excusationibus.

I. Remissio & necessitas publica Tutelæ. II. Causæ excusatoriæ. III. Prohibitoriæ. IV. Causæ deponendi veteres Tutelas. V. De modo excusandi positio prima. VI. Secunda & Tertia. VII. Quarta positio de appellatione, & Bachovii explicatio refellitur. VIII. Responsio ad l. 13. h. t. *IX. Resp.* ad l. 16. h. t. *& alias. X. Resp.* ad l. 18. C. h. t.

(a) HUjus quoque Rubricæ materiam, non modo in Prælectionibus ad parallelum *Institut. titulum*, sed etiam in Digressionibus *lib.* 3. *cap.* 20. exhausimus. Ut heic tantummodo dumtaxat complexio, cum singularibus, si quæ sese offerant, observationibus exhiberi possint. Cum ad omnia munera publica cives cogantur, *l.* 1. *de Vocat. & excusat.* tum hæc necessitas in Tutelis & curis maxime a legibus intenditur, adeo ut tametsi quis munerum publicorum immunitate gaudeat, & tutela sit munus publicum, *pr. Inst. h. t.* tamen sub generali immunitate non contineatur exceptio a tutelis & curis, *l.* 15. §. 12. *& l.* 17. §. 3. *h. t.* quo sensu accipiendum, quod *in l.* 8. §. 1. *d. t. de Vacation.* Tutela muneribus civilibus opponitur, non quod tutela non sit munus civile & publicum; sed quia vacatio munerum civilium non complectitur tutelas, quoniam ad harum exemptionem requiritur speciale privilegium. *d.d. ll.*

2. (b) Causæ vero speciales, quibus tutela & cura evitantur, non modo sunt excusatoriæ, sed etiam prohibitoriæ. Priores sunt vel publicæ, vel privatæ, ut hæc sit bimembris divisio. Reliquæ distributiones per quadrigam se præbere videntur. Nam publicæ excusandi causæ sunt *quatuor*, administratio fisci, potestas sive major magistratus, absentia Reipubl. causa, & professio artium. Fiscalis administrationis etiam quatuor articuli ponuntur, fisci in specie, rei dominicæ, *l.* 41. *h.* Cura vectigalium, *l. un. C. Ne Tut. vectig. cond.* denique conductio fundi principalis. *l. ult. C. Qui dare Tut. vel curat.* Hanc ultimam causam moribus utique non observari putem. Nec enim fundi principalis aut dominici colonis, plus hac parte quam colonis aliis tribui videmus. Collectores etiam vectigalium, qui jure civili excusantur, *l.* 10. *C. de Excusat.* cæt. his diebus eodem jure non gaudent. Longe enim alia est ratio collectorum nostratum, quam est exactorum in *d. l.* 10. Sed publicanos excusationem inventuros hodieque, non est dubium; quando & mores eorum a sinceritate & fidelitate tutoria plerumque sunt alieniores. *arg. l.* 12. *de Publican.* Denique & artium inprimis quatuor, excusatio admittitur, grammaticæ, rhetoricæ, Philosophiæ, medicinæ. §. 15. *l. h. t. l.* 6. §. 1. *& seqq. h. t.* Quanquam jure novo omnes academici doctores excusari videntur. *l.* 6. *C. de Profess. & Med.* Privatæ excusationis causæ, sunt etiam *quatuor*, Numerus liberorum trium, quatuor, quinque, juxta *pr. I. h. t.* Numerus tutelarum trium. Inimicitia, nisi quod capitalis potius sit causa prohibendi, *l.* 3. §. 12. *de Suspectis Tut.* Et Impotentia, cujus iterum *quatuor* sunt species, paupertas, morbus, senectus, &

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2, 3. 6. & 7.

& imperitia literarum; de quibus omnibus heic prolixius agere, post ea, quæ *ad Inst.* dicta sunt, a proposito alienum foret. Illuc igitur, & ad *Digressiones loco citato*, lector æquus se remitti patietur.

3. (c) Prohibitiones a tutela curaque sunt etiam *quatuor*. Minor ætas, causa litis, militia, denique natura; & hæc bifariam, propter sexum, vel ob vitium. Ratione sexus, mulieres arcentur, matribus ac aviabus exceptis. Vitia sunt quatuor, dementiæ, surditatis, mutorum & surdorum. Una ex causa, quæ tantum a cura prohibet, matrimonium. Clericatus partim prohibet, partim excusat. Nempe a legitima tutela clerici arcentur, a testamentaria & dativa exclusi non videntur *per Nov.* 123. *c.* 5. ibique Cujac. & Rittershus. Hasce causas apud *Instit.* plene expositas, heic summatim recensuisse, uti nunc est, sufficit. Moribus, ex his causis matrimonium causa prohibitionis esse desiit. Verum & hoc absolvimus ad *Inst. d. tit. num.* 16. Idem de clericis factum, *n.* 18. Moribus nostris, accessit prohibitionum causis religio. Quippe judæus, qui juri civili non prohibetur esse tutor non judæorum, sive impuberum christianorum, *l.* 15. §. 6. *h. t.* his diebus & terris prohibetur, teste Zypæo *Notit. Jur. Belg. Tit. de Tutor. vers. Judei.* Busio ad *d. l.* 15. §. 6. Quin & Pontificii arcentur a tutela pupillorum, qui alterum parentem reformatæ religionis habuerunt, qua de re extat Edictum Ordd. Generalium *d.* 30. *August.* 1641.

4. (d) Ad *Instit.* sunt omissæ, nescio qui, causæ ad deponendam veterem tutelam proditæ: nam quæ sunt demonstratæ, ad declinandam noviter oblatam pertinent. Veterem tutelam ob sequentes causas amoliri licet: I. Si quis trans mare absit Reipubl. causa. II. Si quis consilio Principis fit admotus. *l.* 11. §. 2. *de Minor.* III. Si quis Senator Reipubl. factus sit. *l.* 15. §. 3. *h.* IV. Si jussu Principis domicilium mutaverit. *l.* 12. §. 1. *h.* V. Si valetudinarius tutor, aut cœcus sit factus. *l.* 40. *h. t.* Surdus & mutus improprie illic adduntur, quia non tantum iis *permittitur* deponere tutelam, sed etiam coguntur, *l.* 1. §. 2. & 3. *de Tutel.* cui accedit, quod auctoritatis incapaces sunt, ex *d. l.* 1. §. 2. Cæteræ causæ supervenientes, adeo non liberant a vetere tutela curave, uti ne quidem prosint, quando lite excusationis pendente, nascuntur. *l.* 1. §. 8. & *l.* 28. *in pr. h. t.* Debet etiam ex causis *supra* enumeratis præcise existere; nam plures imperfectæ, licet accumulatæ, pro una non sufficiunt, ut exempli inductione declaratur in *l.* 15. §. 11. *h. t.*

5. (e) Sequitur modus excusandi, qui diversis positionibus constat. Prima, fieri debet pro tribunali, non per libellos; hoc est, causa cognita, non de plano, *l.* 25. *h. t.* (de oppositione eorum, quæ pro tribunali atque per libellos fiunt, egimus ad *tit. de Judic. n.* 34. *Part. II. pag.* 210.) quamvis ad impediendam præscriptionem, recte libellus offeratur. *l.* 13. §. 10. *h.* Inter quos textus ita nulla contrarietas, monente Wissenbachio nostro *ad h. t. th.* 14. qui recte etiam addit, quod excusatio tanti momenti esse creditur, ut tribunal requirat, inde non sequi, absentem se per procuratorem excusare non posse; magis enim est, ut possit. *arg. l.* 5. *de Tutor. & Curat. dat.* & *l.* 19. *C. de Administr. Tut. & Cur.* Moribus nostris idem quod ad causæ cognitionem attinet, plerumque sane observatur, ut si quis tutor datus excusare se velit, si requirentes se opponant, causæ cognitio adhibeatur: etsi id ita perpetuo non fiat. Sæpe enim per libellos; aut extra ordinem in recessu Curiæ, per *commissarios* de plano expeditur, ut excusantes audiantur & excusatio vel admittatur vel rejiciatur. Ut tamen si *processus* litis petatur, plane causæ cognitio negari non possit. Quando etiam diversi tutores dati vel dandi inter se contendunt, etiam quæstionem per libellos absolvi non posse, verum causæ cognitionem & *processum*, qui dicitur, adhibendum Curia nostra censuit *d.* 18. *Junii* 1688. ad ejusmodi libellum supplicem: etsi nec id negaverim, posse rem adeo facilem & liquidam esse, ut extra ordinem atque de plano, maxime si partes ad *processum* & tribunal non provocent, expediri queat.

6. Secunda positio ad modum excusandi pertinens, hæc est. Causa excusationis proponi debet intra dies quinquaginta. *l.* 13. §. 1. & *seqq. h.* Qua de re satis egimus *ad Inst. h. t. n.* 13. Tertia regula. Qui plures habet causas, omnes inde ab initio proponere debet *d. l.* 13. §. 8. Enimvero potest etiam testari unam solummodo. *ibid.* §. 10. Et, si hanc rejici contigerit, plures intra eosdem quinquaginta dies urgere non prohibetur, *l.* 21. §. 1. *h. t.* sed quia facile fieri potest, ut de una causa tam diu

(c) *Pos.* 4. 5. & 8. (d) *Pos.* 10. 11. 12. 13. & 9. (e) *Pos.* 14.

diu litigetur, ut quinquaginta dies elabantur, satius est, omnes simul proponere, ut de omnibus pariter disceptetur. *d. l.* 13. §. 8. Atque hæc judiciorum, in quibus Romani juris hac parte viget observantia, forique nostri methodo satis consentanea esse videntur.

7. (f) Quarta positio. Tutor, qui excusationem parat, & qui olim statim appellabat, hodie causam prius apud judicem inferiorem proponere debet, eoque rejiciente causam, appellare potest, auctore Marco Cæsare in *l.* 1. §. 1. *ff. Quand. appell.* Immediate non potest appellari, ut probavimus ad *h. tit. Inst. n.* 13. *post. med.* Sed quia plures reperiuntur textus, in quibus post tempora Marci adhuc mentio fit excusationis per appellationem, quos in *d. th.* 1. *in fine* collocavimus, res jubet, idque ibi condiximus, ut responsiones ad illos textus suppleamus, idque propter dissentientes, qui verbis *d. l.* 1. §. 1. de Marci Constitutione loquentibus alium sensum addunt: Atqui verba tam clara sunt, ut mirum sit, viros summos dissentientes adeo hic torqueri, *Non oportet provocari*, ait textus; sed *excusationem allegandam habet*; expresse per formam præcepti, *& si fuerit repulsa, tunc demum appellare debebit*: manifesti gradus, Excusatio prima, sententia judicis, appellatio. Tandem, ne quid dubitetur *ante frustra appellatur*, ait; neque enim valet appellatio per saltum facta, & omissis his, qui sunt ex imo ordine. *l.* 21. *pr. de Appell.* Bachovius in diversum verba capiens ita rem explicat, cum alibi, tum in *coroll.* 1. *disp.* 2. *de Action.* Olim non alia quam appellandi via patebat; hodie tutor se primo in judicio excusare potest, idque solet fieri. Tamen & statim si velit, provocare potest, sed appellatio, pergit, est frustranea, nihilo plus per eam consequitur tutor, quam si recta via judicem adiisset, cum & in appellatione causas exponere debeat; Verum hanc glossam contextus minime fert, *frustra appellatur*, id est, non potest appellari, simpliciter, ut in *pr. d. l.* 1. *non frustra* appellari dicitur, id est, posse appellari, & in *l.* 3. *in fin. C. de Tut. qui s. n. non ded. Frustra restitui desideras*, cum actus ipso jure sit irritus, nec locus sit restitutioni. Imo si valeret provocatio, non careret fructu, contra quam Bach. quia tutor sine mora & circuitu exitum causæ haberet, qui nunc duplici instantia eget.

8. (g) Opponuntur verba Modestini in *l.* 13. *h. t.* Tutores *necesse non habent* appellare. Sed hæc accipi debent, ut in *l.* 13. §. 12. *eod.* Tutor, qui non est jure datus, *necesse non habet* excusari, cum ne possit quidem, nec ipso jure teneatur. Excusationi enim tunc demum fit locus, ubi magistratus tutorem non jure datum confirmare instituit. *l.* 16. *in fin. eod.* Sic etiam §. 13. *h. t. Inst.* minori *non est opus* excusatione, qui nec potest, cum plane prohibeatur. Item in *l.* 24. *de Captiv.* Captis in bello civili & a latronibus postliminium *non esse necessarium*, esse *supervacuum* dicitur, quod tamen prorsus non competere, ipse textus docet. Arbiter *non cogitur* sententiam dicere, cum arbitrium est ipso jure nullum, *l.* 32. §. 1. 7. 9. *de Recept. qui arb.* quod ibi est *non cogere*, hoc in §. 6. est, *vetare debet Prætor.* Verba legis Juliæ, *ne* minor 20. annis judicare *cogatur*, explicat Callistratus, *nemini licere* minorem 20. annis judicem deligere, *l.* 41. *l. t.* Sic *non necesse habet* tutor appellare, id est, appellatio olim necessaria, nunc sublata est, nec locum habet amplius.

9. Sed ad *l.* 16. *h. t.* quid dicemus? *Cum liceat Nigidio a curatione etiam, citra appellationem se excusare*. Licet *citra*, ergo potest per appellationem; at hoc inde non magis sequitur, quam ex *necesse non habet*. Sed particula *etiam*, videtur ἐπιχώρησιν & concessionem oppositam notare. Bene habet, si oppositionem intelligamus non inter τὸ appellare, & *non* appellare, sed inter tutelam & curam. Nigidius & tutor & curator erat datus; nec tantum a tutela, ait JC. sed etiam a curatione licet excusari; citra appellationem, ut D. Marcus statuit; proinde signum commatis non debet poni post verbum *curatione* sed post voculam ETIAM. Puncta & commata Editorum arbitrio sunt posita, cum in archetypo Florentino non habentur. Eo sensu, nec *licet*, nec *etiam* obstat. Reliqui textus, quibus utuntur, appellationis meminerunt; sed nihil vetat eos positis terminis inhabilibus accipi, excusatione prius allegata. *l.* 4. *h. t.* *l.* 39. §. 6. *de Admin. tut.* *l.* 2. *& pen. de tut. dat. & l.* 17. §. 1. *de Appell. &c.* Vel appellationis ideo simpliciter fit mentio, quia cum in recenti usu fuisset appellatio directa, neque adhuc prorsus in usu esse desiisset, solitam locutionem post Marcum quoque frequenter retinuerunt, utique ubi de excusatione in genere & non de modo ejus exacto loquebantur.

10. (h)

(f) *Pos.* 15.

(g) *Pos.* 16. & 17.

10. (h) At in *l.* 18. *C. de exc. tut.* Impp. rescribunt, Tutores appellare, *necesse non habere*, ut in *d. l.* 18. sed addunt, *Quapropter licet non appellasti*, excusare te *apud Præsidem non prohiberis*. Inepte hæc dici videntur, si appellari prorsus nequeat. Sed apparet, supplicantem putasse, a tutela, ut ab aliis muneribus, statim appellandum fuisse, quem scrupulum Impp. eximunt. Non est quod metuas, appellatione omissa te excludi ab excusando, quia appellatio est superflua & frustranea. Aliis persuasum est, constitutionem D. Marci hac parte non fuisse receptam, adeoque recentiores juris auctores adhuc directæ appellationis meminisse. D. Wissenb. *disp.* 8. *Inst. th.* 33. & ad *d. l.* 18. Praxis fori D. Marci ordinem servat, teste Perezio *ad d. tit. C. n.* 16.

T I T. I I.

Ubi Pupillus educari vel morari debeat: & de alimentis ei præstandis.

I. Prima pars Rubricæ exponitur. II. An vitricus privigni Tutor esse queat. III. Pars secunda Rubricæ.

(a) HUjus tituli argumentum, ex usu potius, quam juris ratione profluxit; Erat enim pars administrationis tutelaris, pupillum alicubi educandum elocare. Sed Romæ prætores frequentissime adiri sunt soliti, ut constituerent, ubi pupilli alerentur vel morarentur. *l.* 1. *in pr. h.* Quod cum hodie non fiat, aut rarissime, non est mirum, nunc ad juris rationem reditum, ut hujus rei arbitrium tutoris administratione comprehendatur. Non tamen adeo absolute, ut si mater aut propinqui a tutore dissentiant, magistratus arbitrium implorare nequeant, quem usum hujus jurisdictionis indicat *Lex* 1. *C. h. t.* Mater omnibus præfertur, nisi vitricum liberis superinduxit. *d. l.* 1. *C. h.* Et tamen hoc jus maternum hodiernis moribus tam efficax habetur, ut ne matri quidem ad secundas nuptias transeunti, liberorum educatio adimi soleat, quemadmodum docet experientia & Zypæus *Notit. de secund. Nupt. in fin.* Perez. *ad tit. C. h. in fin.* Si tamen justæ causæ diversum suadeant, neque tutori liberum hujus rei arbitrium ab eadem matre cognatisque permittatur, ad Prætoris officium recurrendum foret, qui tum ex persona, ex conditione, & ex tempore statueret, aliquando etiam præter ipsius patris voluntatem & præscriptum. *d. l.* 1. §. 1. *D. h.* Atque in omnem eventum non facile apud eos, qui successionem expectant, *d. l.* 1. §. 1. & *l.* 2. *C. eod.* qua de re videri possunt, quæ *libro* 3. *Digressionum cap.* 12. differuimus.

2. (b) Ubi & hoc, an vitrici, matre submota, ad tutelam admittantur. Memorantur equidem vitrici tutores *in l. ult. C. de Contrar. Tut. jud. & l.* 32. §. 1. *de Adoption.* sed fieri potest, ut tutores fuerint, antequam matres pupillorum iis nuberent; datos fuisse vitricos, nusquam liquet; nec valde consentaneum est, ut hi, propter quos matres a tutela ejiciuntur, ipsi pupillis præficiantur. At nostro seculo & solo, non convenit tam atrox & funesta in vitricos matresque binubas suspicio, qualis in jure præfertur, nec ideo a tutela, si petantur, hominesque frugi & graves sint cogniti, excluduntur: etsi in concursu cum aliis, & renitentibus propinquis, facile prætereantur, imo jam electi postponantur, ut apud nos sæpe factum. Proinde sic erit, ut hæc res magistratuum arbitrio commissa videatur.

3. (c) Porro alimenta decernit prætor, consulente tutore, *l.* 2. §. 2. *h.* ita ut semper aliquid ex reditu, si potis est, supersit. *l.* 3. §. 1. & 3. *h.* Si tamen intersit pupilli, statum patrimonii non propagari, tunc eum suo arbitratu tutor frugaliter alet, *l.* 2. *C. Se Alim. pup.* quod moribus hodiernis in universum indistincte observatur. Etiam vero in universum illud Ulpiani salubre monitum; dandam esse operam, ut *semper aliquid ex reditu supersit*. *l.* 3. §. 1. *h. t.* Quod non modo tutoribus, sed cuilibet patrifam. inculcat Aristoteles. 2. *Oecon.* Τ' ἀναλώματα μὴ μείζω τῶν προσόδων, *Impensæ ne reditibus sint majores.* Dumtaxat unicus as supersit, ut virum celebrem & qui rem fecerat, hæredi suo in extremis commendare memini.

TIT.

(h) *Pos.* 18. (a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3. & 4. (c) *Pos.* 5.

TIT III.

De Tutelæ, & Rationibus Distrahendis, & utili Curationis causa actione.

I. Remissio, & usus Tit. II. Rationum redditio duplex. III. Modus & via reddendi rationes. IV. De rationibus distrahendis actio quæ, & ratio nominis. V. Differentia ejus ab actione Furti. VI. De utili Curationis causa actione, remissive.

(a) TRia membra tituli præfert hæc Rubrica; de actione tutelæ, de rationibus distrahendis, & de actione curæ † De prima & posteriori parte, fat actum *ad tit. Instit. de oblig. ex quas. contr. num. 3. & 4. pag. 343. sequ.* ubi & hoc; quod iure civili rationes non nisi finita tutela exigi possunt, plerosque in foro tradere mutatum, ut tutor quotannis rationes reddere cogatur, * sicut de Hollandiæ moribus testatur Grotius *lib. 1. Introd. c. 9. n. 18.* de aliis nos illic & Groeneweg. ad *l. 16. C. de Admin. Tut.* Sed ubi nihil de anno peculiariter statutum est, tenendum id est, quod jure civili de cura proditum legimus: *Cum curatore pupilli sive adolescentis agi poterit, & si usque adhuc cura perseveret. l. 16. §. 1. h. t.* quod de tutore secus est, in *l. 4. pr. & l. Si Tutor 9. §. 4. h. t.* Hoc discrimen tutorum & curatorum hodie cessat, ut reliquæ illorum differentiæ, tutoresque ad instar curatorum hac parte redacti sunt. Et sic apud nos obtinet; de annuis rationibus nihil habemus, neque servantur. Quando vero petuntur rationes a propinquis, vix est ut negari possint, neque solent.

2. Videtur autem esse duplex rationum redditio. Una de universa administratione, altera de singulis rebus commissis & omissis tutorum. Atque ad hanc quidem tenentur quilibet tutores. *Nam in omnibus, quæ fecit Tutor, cum facere non deberet, item in his, quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio, præstando dolum, culpam, & quantam in suis rebus diligentiam. l. 1. in pr. h. t.* Ad priorem tenentur, quibus administratio jure commissa fuit, & quæ ab iis, quibus administratio non incubuit, exigi non potest, ut diximus, exemploque rei judicatæ declaravimus, *ad tit. de Administr. tut.* Est autem hæc pars obligationis, mixtæ naturæ, consistens in facto & in datione. Factum est explicatio rationum; datio consistit in præstatione reliquorum, quæ de patrimonio deque *acceptis* pupilli supersunt, *l. 82. de C. & D.* quod est verum de rationum redditione postrema, quæ fit, quanto tutor officium deponit. Sed quæ perseverante curia fiunt rationes hodie, non habent illam mixturam; sed in facto solo consistunt: datio & reliquorum præstatio ad finem tutelæ differtur: quomodo & accipienda sine dubio Sandii expositio & decisio, relata in *lib. 2. tit. 0. Def. 12.*

3. Modus reddendi rationes, constat duabus partibus, *Ut tutor legendas offerat rationes primum, deinde computandas. d. l. 82.* Hic modus exacte servatur in foro. Tutor enim vel curator rationes publicas redditurus, primo eas exhibet, & coram judice vel arbitro tradit adversario, qui promittit, se intra certum tempus eas *reproducturum*, ut apud nos loquuntur. Hoc ideo fit, ut sciant hi quorum interest, *quid in quaque ratione scriptum sit, ut legant, examinent, excipiant. d. l. 82.* An accepta cuncta in iis contineantur; an inter expensa non sint, quæ induci oporteat. Si quid ejusmodi notabile reperiatur, pars altera non modo rationes reproducit, sed oppositionem addit, vulgo *Debat*, qua petit acceptis

(a) *Pos. 1.*

† Tutores & curatores, qui, quod jurame̲ntorum malitiæ & paupertatis nomine egenorum suæ & tutelæ & curæ commendatorum præstare nolint, agere eorum nomine neglexerunt, ob jura pupillorum cæterorumque, qui rebus suis superesse nequeunt, indefensa relicta, tutelæ & curatelæ judicio tenentur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 1. §. 11.*

* Nostro quoque jure tutores sine discrimine, sive sint testamentarii, sive legitimi, seu dativi, Magistratui quotannis tenentur rationes reddere, *P. 2. C. El. 11. Ref. Gr. d. Ann. 1669 grav. 6.* quibus rationibus pupilli proximi cognati interesse non prohibentur, *a L. R. l. 1. art. 1. d. gr. 6.* verb *jährlichen ohne Unterscheid von allen Tutorn die Rechnung abfordern, dieselbe denen nechsten Freunden ubergeben. Corp. Jur. Sax. pag. 582.* Conf. *Leipziger Vormund-schaffts-Ordnung. §. 16 sequ.* Excipitur tamen tutor, qui simul proximus pupilli hæres est, a quo non quotannis, sed finita demum tutela rationes exiguntur. *L. R. l. 1. art. 22.* Quam exceptionem in Electorali quoque Saxonia, non obstante Constitutione Electorali, locum habere, defendit Carpz. *ad const. C. def. 1. & 5* Berl *P. 2. Concl. 12. n. 25.* Philip. *ad Dec. El. 36. Obs. 1.* Dissent. Mullen *ad d. C. n. 8. jung* Franzk. *ad §. f. I. de Attil. tut. n. 10. seq.*

ceptis addi, vel expensis adimi, quod deficere vel supereſſe putat: hoc ſi curatori diſplíceat, ab illo refutatur, ideoque tum concludere ſolet, ut pars altera condemnetur ad rationes, uti ſunt, computandas & concludendas, quæ lis prius ſententia terminatur. Atque tunc, vel, ſi in materia nihil deſideretur, ſtatim poſt reproductionem, fit tranſitus ad computandum; non ſimpliciter, ſed ita ut *exploretur, imputationes probe an improbe referantur. Accepta recte relata, an non recte. Ut ita res quidem incipiat a facto, deſinat autem in pecuniam*, non ut eſt, *in ſolle* ſimpliciter afferendam; ſed poſtquam *cautiones & inſtrumenta omnia actus ſui exhibuerit. d. l.* 82. Si res ad litem veniat, haud raro in longum implicatur atque producitur; ut eſt negotium multis plerumque factis articuliſque intricatum.

4. (b) Actio de rationibus diſtrahendis, datur adverſus tutorem, qui rationes improbe compoſuit, ſubtractis pupilli pecuniis, nec inter accepta relatis, in duplum. *l.* 1. §. 19. 21. *& ult. h. t.* Origo ejus eſt ex lege XII. Tabularum. *l.* 55. §. 1. *de Admin. Tut.* Nomen unde ſit, varie explicatur. Cujacius τὸ *diſtrahere* exponit, *conturbare*, quaſi factum tutoris ſit, ut diſtractio ſumitur in *l.* 26. *de Liberat. leg.* ubi: *quidquid ex diſtractione ad tutorem pervenerit.* Atqui tum potius hæc actio de rationibus *diſtractis*, id eſt, conturbatis dicenda fuerat. Nec enim a parte pupilli id agi intelligitur, ut rationes conturbentur. Alii ſic; *de diſtrahendis ſeu dirimendis controverſiis circa rationes, de pecunia intercepta*, ut Struvius *ad h. tit. Ex.* 31. *n.*67. Tu vide, ne non appellatio ab intentione actoris petita videatur, quæ eſt hæc, ut rationes male conceptas reſcindat, quomodo *diſtrahere* ſumitur in §. 1. *in fine de Oblig. quæ re contrah.* ubi: *negotium diſtrahere potius quam contrahere*. Item diſtrahere, id eſt, reſcindere matrimonium, *in l.* 2. *de Divort. l.* 7. *C. de donat. ante Nupt.* Idque Baſilici velle videntur, quando actionem de rationibus diſtrahendis, vocant περὶ τοῦ παρατίθεσθαι τοὺς αὐτοὺς λογισμοὺς, *de rationibus ipſis tranſponendis atque mutandis*, *lib.* 38. *tit.* 3. quo facit etiam melius, quod idem Struvius, *diſtrahendis* explicat, *diſpungendis*. Nec tamen *in d. l.* 26. diſtractio non ipſam averſionem pecuniæ pupillaris ſignificare videtur. (1)

5. (c) Concurrit hæc actio cum actione furti, ſi lucri faciendi animus, ut plerumque ſolet, adfuerit. *l.* 2. §. 1. *h. t.* Sed juvat ſcire differentias inter hanc & furti actionem. 1. Furti actio eſt mere pœnalis, hæc in duplum, cui res ipſa ſive pretium ineſt. *l.* 1. §. 20. *h. t.* 2. Actio furti contra ſingulos datur in ſolidum, ita ut unius ſolutio reliquos non liberet, hæc actio contra. *l.* 55. §. 1. *de Admin. Tut.* 3. Actio furti cum actione tutelæ concurrit cumulative, utraque effectum habente. *d. l.* 1. §. 22. *d. l.* 2. §. 1. De rationibus diſtrahendis, cum tutelæ actione concurrit elective, ut hæc non modo per illam tollatur, ſed etiam tutelæ actione mota, ceſſet de rationibus diſtrahendis. *d. l.* 1. §. 21. Hoc quidam ita accipiunt, quod ceſſet ratione ejus quod intereſt, non quod ad pœnam attinet. Analogiæ juris id ita conſentaneum eſſe, conſtat ex iis, quæ tradita ad *tit. Inſt. de Action. n.* 33. ſcil. rei perſecutoriam actionem non tollere mixtam, niſi quod ad rem, non quoad pœnam, nec unam actionem tolli per alteram, quatenus in altera plus eſt. Sed verba textus *in d.* §. 21. hanc analogiam non ferunt. Verba; *In tutela ex una obligatione duas eſſe actiones conſtat, & ideo, ſive tutelæ fuerit actum, de rationibus diſtrahendis agi non poteſt*, &c. Eadem ratione per condictionem furtivam tollitur hæc actio, quia nihil abeſt pupillo. *l.* 2. §. 1. Eſt omnino huic actioni proprium, quod delictum heic ſit tutelæ adminiſtratione involutum, *d. l.* 55. §. 1. *de Admin. Tut.* actioniſque tutelæ hæc quaſi acceſſoria ſit actio; ut ſi ex adminiſtratione tutelæ nihil abſit pupillo, quia ſuum jam conſecutus eſt, actione tutelæ ſublata, ne hæc quidem competat. Huic diſputationi hodie non eſſe locum, ſatis ex loco generali conſtat, quod actiones pecuniariæ pœnales jure civili proditæ, his temporibus ceſſent, ut ad *tit. de Actionibus* dicendum, & ſæpe jam prædictum eſt.

6. (d) Curationis cauſa quæ dicitur actio in Rubrica, quo reſpectu utilis appelletur; item, an & quatenus, perſeverante cura, detur, ſatis ad *Inſt. loco citato* declaratum eſt; item quare nulla de cura detur actio directa, in *lib.* 3. *Digreſſ. cap.* 19. Moribus, hanc quoque ceſſare differentiam, ex eo, quod tutela & cura in unam fere conſonantiam redactæ ſunt, ſatis intelligitur.

TIT.

(b) *Poſ.* 2. 7. & 8. (c) *Poſ.* 3. 4. 5. & 6. (d) *Poſ.* 10. & 11.

(1) *De ratione hujus nominis, confer omnino Corn. van Bynkershoek Obſervat.* lib. 6. cap. 8.

TIT. IV.

De Contraria Tutelæ & utili actione.

I. Expositio Rubricæ. II. An Tutor, qui pro pupillo fidejussit, finita Tutela conveniri possit. III. Idem obtinere in utili Curationis causa actione.

(a) Tutor contra pupillum pro indemnitate sua, actionem habet contrariam, *l.1. & ult. h.* licet impensæ supra vires pupilli sint factæ, nec non male cesserint, *l.3.pr. & §.7. h.* modo sc. justa ex causa sint factæ. Potest hoc judicium vel per modum reconventionis, vel actionis separatæ exerceri, quamvis pupillus nihil moveat. *l.1. §.4. l. ult. h.* Etiam de rationibus distrahendis actioni recte opponitur. *l. 2. h.*

2. Denique, *si obligaverit se pro pupillo, habet contrariam actionem tutor, & antequam solvat, ut liberetur. d. l. ult. h.* Hanc legem recte interpretes accipiunt de tutore, non qui quoquo modo se pro pupillo obligavit, etiam citra novationem; sed de eo tantum, qui expromisit pro pupillo, novatione facta, & in se translata obligatione, verba sunt Wissenbachii ad *h. t. n. ult.* eademque cum cæteris dicta sunt Cujacii 26. *obs.* 20. Docet autem is ipse, tutorem, qui novatione facta se reum solum pro pupillo constituit, finito officio conveniri posse, exemplo curatoris Reipubl. de quo id scriptum est in *l.3.§. in eum. 2. de Administr. rer. ad Civit. pertin.* Quod si tutor citra novationem pro pupillo fidejusserit, vel constituerit se soluturum, vel mandaverit, hunc finito tutelæ officio a creditoribus pupilli cum effectu conveniri posse, negat Cujacius ex *l. 5. Quand. ex fact. Tut. l. 28. de Admin. Tut. l. cum quædam. 26. C. eod.* Ego subsisto. Quin jam contra ex Fabri & Curiæ nostræ sententia scripsisse videmur *ad tit. de Administr. tut. num.* 14. Res est frequentis & magni usus. Diocletianus & Maximianus: *Si non subscripsisti, quasi fidejussor, frustra vereris, ne ex ea intercessione, qua signasti ut curator, conveniri possis. l. 15. C. de Administr. Tut.* Agnoscunt intercessionem a fidejussione distinctam. Ejusmodi intercessio est, quando tutor se & pupillum obligat in qualitate tutoris. Hujus intercessionis respectu mater tutrix renunciat Scto Vellejano; Sed tamen hæc cum tutela finitur, *d. l. 15.* juxta quam scripsimus *in d. th.* 14. Fidejussio ab illa diversa est, quando tutor hoc animo in se recipit obligationem pro pupillo, ut si hic non solvat, ipse teneatur, quam esse distinctam a novatione, per quam pupillus plane liberandus esset, doctrina expromissionis, quæ est in §. *Præterea. 3. l. Quib. mod. toll. oblig.* satis indicat; atque talis fidejussio tutorem, officio quoque finito, facit obnoxium. *d.l.15.* Ergo non sola novatio sive expromissio, ut vult Cujacius, reddit tutorem, finita tutela, creditoribus obnoxium. Etenim cur fidejussio, qua tutor spopondit pro pupillo, non æque eum obliget suo nomine, quam procurator, qui se pro domino obstrinxit, suo nomine tenetur, ratio nulla apparet. Præcipuus Cujacii textus, est in *d. l.5. Quando ex fact. Tut. vel Curat.* ubi Papinianus; *post mortem furiosi, non dabitur in curatorem, qui negotia gessit, judicati actio: Non magis quam in tutores: Si modo nullam ex consensu, post depositum officium novationem factam, & in curatorem vel tutorem obligationem esse translatam, constabit.* Ex quibus verbis colligendum videtur, non dari in tutorem, officio finito, actionem, nisi obligatione per novationem in ipsum, idque post depositam tutelam, translata. Quod plane esset enorme, ut ne quidem novatione tempore tutelæ facta, post ejus exitum tutor teneretur: quod tamen in ipso curatore Reipubl. a quo Cujacius argumentatur, est indubitatum. *d. l.* 5. Dic igitur, & si plane res est, Papinianum agere de obligatione tempore tutelæ simpliciter contracta, ratione officii. Ex hac tutor, officio finito, conveniri non potest, nisi per novationem deinde specialiter factam. Textus in *l.26. C. de Admin. Tut.* nihil habet, quam quod tutor, officio finito, non teneatur. In *l. 28. D. eod. tit.* Tutor cavit pro pupillo, & tamen tutela finita, ex ea cautione non tenetur. Sed cavit, opinor, tanquam tutor, idque certum est, ac ita post tutelam teneri desinit. Quod si caverit pro pupillo & pro se, cum obligatione pupilli suorumque bonorum, & pro hæredibus suis, etsi nulla novatione facta, fides & ratio non patiuntur, ejusmodi obligationem non esse perpetuam. Non est igitur dicendum, *legem ult.*

(a) *Pos. 1. & 2.*

ult. h. t. de casu novationis solo accipiendam, de quo neutiquam loquitur; sed de quavis obligatione pro pupillo facta, quæ distincta esset ab obligatione in qualitate tutoris; sicut obligatio procuratoris in *l. 67. de Procuratorib.* distincta est ab obligatione qualitatis procuratoriæ. Potest autem tutor *in d. l. ult.* agere contraria, priusquam solverit, eo quod officium ejus sit finitum, & adolescens ad ipsum ab omni periculo eximendum tenetur: etsi adversus creditorem nihilo magis se movere potest quam fidejussor quivis, ut dictum *ad tit. I. de Fidejussor. n.* 10. Non est igitur causa recedendi ab iis, quæ superius collocata, veritatique legali non minus, quam usui rationali consentanea sunt. Hoc interim servet lector, quod aliqui tutorem nimis facile e verbis tralatitiis teneri volunt suo nomine, ut *supra* indicavimus, id ex hisce disputatis intelligi, a jure nimis esse remotum.

3. Quod de contraria tutelæ actione diximus, ad utilem curationis causa actionem per omnia transferendum est, *l. 1. §. 2. h.* Uterque usuras pecuniæ amplius expensæ quam acceptæ, tam durante quam finita tutela, exigere potest. *l. 3. §. 4.* Cætera textus ipsi dabunt.

T I T. V.

De eo, qui pro Tutore, prove Curatore negotia gessit.

I. Qui pro Tutore gerat. II. Cur tam frequens olim hic error. III. Actionis hujus proprietas & sequela, ubi de tacita hypoth.

(a) PRo tutore negotia gerit, qui cum tutor non sit, munere tutoris fungitur, sive se putet esse, sive sciat, non esse Tutorem. *l. 1. §. 1. h.* Imo qui cum sit tutor, se nescit esse testamento datum, pro tutore tamen gerere dicitur. *l. 3. h.* Huic opponitur is, qui gerit *quasi* tutor, §. 5. ubi vox *quasi* non notat fictionem, sed veritatem, ac si diceres, *tanquam* Tutor; quomodo vocabulum *quasi* frequenter accipi, docet Brissonius *de verb. signific. voce Quasi.* Quamvis & aliter in hac ipsa *l. 1. in. pr.*

2. Sed mirum est, quod Ulpianus *in d. l. 1. pr.* hanc actionem scribit esse *necessariam*, *quia plerumque incertum sit, utrum quis tutor, an vero pro tutore administraverit tutelam; solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit*, inquit. Atqui tam frequentes & magnos hac parte errores committi, non videor observasse in hominibus & diebus nostris. Imo rarissime & difficilime id evenire videmus, utique per errorem: quod enim finita cura nonnulli in administratione perseverant, hodieque ut olim, *l. 33. in f. de Admin. Tut. l. 14. de Tut. & Rat. distr.* vix est ut per errorem fiat. Qui curatores ad actum divisionis dantur, hos aliquando per suum aliorumque errorem res minorum deinceps administrasse, compertum habeo; nec hi ad hunc titulum non pertinent: sed rari sunt hoc genus errores. Differentiam inter veterum crebros & rariores nostros errores arbitror esse, quod veteres nullam magistratuum confirmationem testamentariis & legitimis tutoribus adhibebant: quod cum hodie fiat & publicis actis inseratur, ea re facilitas errorum hac parte satis occupatur.

3. Officium ejus, qui pro tutore gerit, est idem, quod veri tutoris, eandemque præstat diligentiam, *l. pen. h. t.* sed potestas non est eadem; nec enim alienatio ab illo, vel ejus auctoritate facta, eo casu, quo tutor rem vendere potest, valet. *l. 2. h.* Potest etiam ante finem tutelæ conveniri, quia tutor non est. *d. l. 1. §. 3. h. t.* Eadem analogia ipse potest movere contrariam. *l. ult. h.* Non est dubitandum, quin & tacita hypotheca, quæ datur pupillis in bona tutorum & curatorum, ex *l. 20. C. de Admin. Tut.* æque adversus eos, qui pro tutoribus egerunt, obtineat. Quia quod ad pupilli commodum attinet, per omnia loco veri tutoris habetur. *d. l. pen & t. h. tit.* Atque ita consultus respondi aliquando hujus urbis civi, qui cum habuisset curatorem ad actum divisionis & hic pro tutore deinceps administrasset, reliquator ultra ter mille sexcentos florenos exstiterat. Facto concursu creditorum, arbitri etiam juris periti hunc ultimo loco posuerant, & dimidia parte sui crediti mulctaverant, quasi creditor dumtaxat esset personalis; auctor ei fui, ut rem in judicium deduceret; obtinuitque per sententiam commissarii Curiæ primum locum, & integro suo credito potitus est, ut hypothecarius ratione temporis, ex quo ille pro curatore gesserat, *inter creditores Hotsii Mellinga* pro *Sibrando Mellinga anno* 1679.

TIT.

(a) *Pos.* 1. & 2.

TIT. VI.

Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.

(a) QUis est falsus tutor? Qui se mentitur esse tutorem, cum sciat non esse, & dolo auctor est contractui inter pupillum & tertium inito. *l.* 1. *pr. l.* 7. §. 1. *h. t.* Atqui pro tutore dicitur etiam gerere, qui scit se non esse, & falsus est tutor. *l.* 1. §. 1. *tit. preced.* Ergo falsus tutor bifariam tenetur, pupillo & tertio, quicum initus est contractus: pupillo actione protutelæ, *d. l.* 1. ubi inter bonam malamque fidem non distinguitur. Utroque casu pupillo in id quod interest tenetur. *d. l.* 1. §. 1. *l. pen. d. tit.* Hæc igitur actio *Quod falso tutore auctore*, non datur pupillo adversus eum, qui se pro tutore gessit, etsi hoc Struvius ex *l. ult. h. t.* probat ad *h. t. in f.* Utilis ibi actio non est præcedentis, sed hujus Rubricæ, ut detur tertio, qui se non gessit ut falsum tutorem, sed responso suo dedit occasionem contractui cum pupillo ineundi, per quem alter est læsus. In hoc edicto id agitur, ne contrahentes decipiantur. *l.* 1. *in pr.* & *l.* 11. §. 2. Quominus sane pupillus rem suam recuperare possit, nihil impedimento est *l.* 6.

2. Duplex remedium prætor heic pollicetur. Primum restitutionis in integrum, quo is, qui falso tutore auctore cum pupillo contraxit, in integrum restituitur, modo nesciverit esse falsum, *l.* 1. §. *ult.* & *l.* 2. nisi quod minor, etiam sciens restituitur. *l.* 4. Præterea datur actio in factum adversus falsum tutorem, in id quanti ea res erit. *l.* 7. *in pr.* Quæ verba hic veritatem, non pœnam significant *d. l.* 7. §. 2. quia tamen falsus tutor ob dolum suum in id quod interest alterius tenetur, dici potest factum hac actione puniri, nec ideo, licet hæredibus detur, in hæredes, neque post annum, competit. *l.* 9. §. 1. *h.*

3. Quanquam autem hic titulus non est abrogatus, argumentum tamen ejus nunquam ullo exemplo usu venisse memini.

TIT. VII.

De Fidejussoribus, & Nominatoribus, & Hæredibus Tutorum & Curatorum.

(a) SEquamur ordinem Rubricæ. De fidejussoribus eo minus heic est dicendum, quod apud titulum *Inst.* de satisdationibus, quæ ad hunc locum pertinent, occupata sunt. Illud heic est singulare, quod fidejussores pro indemnitate pupillorum non modo per expressam stipulationem, ut alias, constituuntur, sed etiam si nominari se tanquam sponsores passi sunt: imo & hi, qui tutores esse idoneos adfirmarunt, ut fidejussores obligantur. *l.* 4. §. 3. *h. t.* Idque adeo, ut plures ab uno tutore dati fidejussores, careant beneficio divisionis, *l. ult.* ubi & ratio *ff. Rem pup. salv. for.* Sed a diversis tutoribus dati fidejussores ex eorum persona dividunt actionem. *l.* 6. *in f. h. t.*

2. Per nominatores igitur in Rubrica quinam intelligendi? In nigro enim illud nomen non reperio. An nominati a tutoribus ut fidejussores, qui *præsentes fuerunt, non contradixerunt, & nomina sua referri in acta publica passi sunt*, ut quasi nominatores sui esse videantur? An vero adfirmatores, qui cum tutores idoneos adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent, in *l.* 4. §. *ult. h. t.*? Cæterum, quia durum videtur, simplices adfirmatores habere pro fidejussoribus, ac eos ita convenire, nonnulli monent, hoc de illis intelligendum, qui a Magistratibus electi fuêre ad æstimandas tutorum satisdationes, probandosque fidejussores, de quibus est in *l.* 1. §. *divus.* 8. *de Magistr. conven.* Quidquid hujus rei sit, quandoquidem omnis satisdatio & fidejussorum datio, tutoribus *hodie* est remissa, manifestum est nominatores ac adfirmatores non esse amplius in usu, nec ideo tanquam fidejussores obligari.

3. (b) Tertia pars Rubricæ est de hæredibus tutorum, quod ad factum defuncti præstandum teneri, mirari licet, aliquos negare, ex *l. ult. h. t. l.* 4. *in pr. h.* Sed est notabilis exceptio in hac parte, quod cum hæredes sem-

(a) *Pos.* 1. 2. & 3. (a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3.

ſemper eodem modo, quo defuncti, actionibus rei perſecutoriis teneantur, neque ex hæredum perſona jus & qualitas actionis mutetur, *l.* 2. §. 2. *de V. O.* tutoris tamen hæredes non niſi de dolo & lata illius culpa teneantur, *l.* 1. *C. de Hæred. Tut.* (ubi Cujacius fruſtra delet τὸ *non*) *l.* 4. *de Magiſtr. conven.* cum ipſum tutorem de negligentia quoque, id eſt, levi culpa teneri, ſæpius dictum ſit. Verum hanc exceptionem rurſus eximia limitatione reſtringit Bachovius *not. paratitl. ad tit. de Tut. & rat. diſtrah. n.* 4. Vult enim, tutoris hæredem a præſtanda levi tutoris culpa liberum eſſe, ſi nihil in tutore quam negligentia mediocris arguatur, ſecundum *d. l.* 1. *& l.* 4. Quod ſi lata tutoris culpa arguatur, hæredem ſimul ad levis culpæ præſtationem teneri docet, hac ratione, quod actio competens adverſus aliquem, ſi detur, cum omnibus ſuis qualitatibus detur. Sed hæc limitatio Bachovii cur admittenda ſit, ratio illa, ſine textu, ſola non ſufficit. Primo enim, quominus actio aliqua certis caſibus aliter quam vulgo detur, ex conſtitutione ſpeciali facile fieri poteſt; dein, ſi regula ejus procederet, non eſſet tamen ei locus in judicio generali, quod multis articulis factorumque diſcrepantiis conſtat. In uno facto defunctus latam admiſit culpam, in alio levem, una actione tutelæ. De priore facto tenetur hæres, de poſteriori genere non tenetur. Verum igitur non ſit, quoties tutor latæ culpæ reus eſt, toties hæredem de culpa ejuſdem levi poſſe conveniri. Vis legis hæc eſt, hæredem de levi tutoris culpa non teneri.

4. (c) Cum autem tutelæ officium ad hæredem non pertineat, ad res gerendas ipſe non tenetur; ſed quidquid ultro poſt mortem fecit, de eo tenetur, *l.* 4. *in pr. h.* imo quædam gerere debet; ea ſcilicet, quæ per defunctum inchoata ſine detrimento imperfecta relinqui non poſſunt, modo in ejus facultate ſit poſitum, ut ea perficiat. Atqui in hisce dolum & culpam latam præſtabit, de negligentia, id eſt levi culpa, non tenetur *l.* 1. *in pr. d. l.* 4. §. 1. *h. t.* Quod ſi tutor aut curator, officio finito, in negotiis adminiſtrandis perrexerit, huic ordinariæ culpæ præſtatio imputatur. *l.* 5. §. 6. *de Admin. Tut.*

TIT. VIII.

De Magiſtratibus conveniendis.

(a) SI nec tutorum, nec fidejuſſorum bona ſufficiant, ultimum pupillis ſubſidium contra magiſtratus comparatum eſt, actione, quæ ex re, ſubſidiaria dicitur, quod aut nullos, aut non idoneos exegerint fidejuſſores: de quo ſi dubitetur, an fuerint idonei, probandum a magiſtratu. *l.* 1. §. 13. *h.* Donec autem vel unus tutorum fidejuſſorumque ſupereſt, ad magiſtratum perveniri nequit, *l.* 4. *C. h. t.* cui non obſtat. *l.* 1. § 15. *de Tut. & Rat. diſtr.* Ait textus; *Uſque adeo ad contutores non venitur, ut prius ad magiſtratus, qui eos dederunt, perveniatur.* Si eſt habendum. Quando tutela per teſtamentum, vel a magiſtratu eſt divita, quiſque de parte aliena tutelæ non tenetur, ſed tantum debet eos accuſare ſuſpectos. Quando igitur tutorum aliquis male rem geſſit, tunc ipſe prius convenitur; dein fidejuſſor, tum magiſtratus, & poſtremo contutor, qui partem habet diviſam adminiſtrationis. Si vero tutela ſit indiviſa, vel privatim a tutoribus diviſa, tunc omnium poſtremo loco magiſtratus conveniuntur.

2. (b) Dicitur hæc actio utilis tutelæ, per *l. ult. h.* quia ad exemplum tutelæ reperta eſt: ut tamen longius a tutelæ actione diſtet; quo ſenſu in factum a Theoph. forte appellatur, §. 2. *I. de Satiſd. tut.* pari ſenſu, quo in §. *ult. I. ad L. Aquil.* Aliter D. Wiſſenb. *ad h. tit.* Moribus hanc actionem penitus obſoleviſſe, vulgo teſtantur, & diximus ad *tit. Inſt. de Satiſd. Tut. n.* 3. quod verum eſt quoad exactionem fidejuſſorum, non etiam, quod ad alia culpæ dolive commiſſa attinet, quæ a magiſtratibus in dandis tutoribus admitti queant. Reliqua pete ſis ex *præd. titulo de Satiſdationibus*.

TIT.

(c) *Poſ.* 4. (a) *Poſ.* 1. & 2. (b) *Poſ.* 3. & 4.

TIT. IX.

De rebus eorum, qui sub Tutela vel Cura sunt, sine decreto non alienandis, vel supponendis.

I. Historia prohibitionis hujus tit. & quæ res alienari nequeant. II. Alienatio quid comprehendat. III. In quid inquirat Judex. IV. An ex utilitate alienatio sit licita exemplo declaratum. V. Eπικρισις ejus rei. VI. Forma Decreti. VII. Neglectio ejus formæ. VIII. Casus, quibus decreto non est opus. IX. An Pater egeat decreto. X. Quis interponat decretum.

(a) Pupillos & minores non posse res suas alienare sine tutorum auctoritate, vel consensu curatorum, satis constat ex §. *ult. Inst. Quib. alien. lic.* idque sæpius dictum est. Compertum est usu deinceps, ne quidem auctoritate tutorum pupillis hac parte satis esse consultum: rebus enim soli in pecuniam redactis, multo fragilius erat patrimonium, magisque obnoxium incommodo, quod Justinianus vocat *ἐράσμιον πρᾶγμα, rem amabilem, in Nov.* 72., ne tutores minorum pecunias ad se derivarent. Cum igitur tutores & curatores alienandi jus liberum habuissent usque ad Severum Principem, ab hoc effectum est, ne prædia rustica & suburbana aliter, quam decreto magistratus adhibito, alienentur. *l. 1. h. t.* De suburbanis equidem utilitas a majore licentia non abhorrebat, quatenus in plerisque eorum *plus ad verrendum quam ad arandum est*, ut Plinius: sed quia pertinent ad ornamenta familiarum perpetua, nec in his placuit libertas alienandi. Quin postea in ipsis urbanis prædiis, quorum tamen reditus non solent usuras & impensas æquare, exemplum Severi prævaluit: Constantinus enim Cæsar in *l. 22. C. de Administr. Tut.* edixit, ne urbana prædia, relique majoris pretii, quæ servando servari possent, absque decreto alienentur. Nam etsi in domibus eadem utilitatis ratio forte non militet, habet ibi locum alia ratio, quam indicat Cæsar *in d. l. 22. Nec vero domum venders liceat .... in qua majorum imagines aut non videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre.*

2. (b) Alienatio non minus heic late patet, quam res prohibitæ, ut non modo interdicta sit venditio, donatio, permutatio, in solutum datio, sed etiam transactio, divisio, repudiatio juris delati, quin etiam pignus, & servitutis impositio. *d. l. 1. & l. 3. pen. l. 5. §. 8. & l. 7. in pr. h. l. 4. C. de Præd. min. l. ult. C. de Reb. alien. non. al.* Pignus, intellige conventionale; nam legale pignus, quod datur ex. gr. dominis prædiorum in bona inquilinorum, res etiam minorum complectitur, ut dictum, & probat D. Wissenbach. *ad tit. Quib. mod. pign. & Hyp. solu. th. 19.* Conventionale pignus, inquam, adeo prohibetur, ut si minor emerit prædium, non possit hoc ipsum curatoris consensu pignori tantisper obligare, dum pretium fuerit solutum, quia statim a traditione dominium minori quæsitum est, ideoque fundus in eum statum venit, ut pignori obligari non possit. *d. l. 1. §. ult. h.* Hæc res sine dubio nostris hominibus inexspectata accideret, adeoque illa pignora venditarum rerum sine discrimine emptorum, sunt usitata, ut difficulter ab iis, qui res judicant, impetratum iri credam, ne pignus illud valere paterentur, & venditorem, qui tale pignus accepisset, inter personales creditores numerarent. Adeoque parum abest, quin hæc subtilitas usu quoque nostro desueta videatur.

3. (c) Methodus in alienandis rebus minorum observanda, habet tres gradus, *inquisitionem Judicis, & probationem causæ, interpositionemque decreti. d. l. 22.* In eum finem minor, aut ejus curator, vel tutor, libello supplice judici causas alienandi exponit, atque ubi plurium consessus est judicum, petit commissarium, a quo fiat inquisitio. Summa inquisitionis in hoc vertitur, an causa sit necessaria, quæ ad alienandum cogat. Ex causis vero necessariis prima & vere unica est, æs alienum. Sic enim & rescribunt Cæsares, ob æs alienum tantum, causa cognita, præsidiali decreto, prædium rusticum minoris distrahi permittitur. *l. 12. C. de Præd. Min.* nec tamen sufficit, æs alienum probari existere, *sed hoc convenit*

(a) *Pos.* 1. & *seqq.* (b) *Pos.* 14. (c) *Pos.* 6.

convenit excutere, an aliunde possit pecunia ad extenuandum æs alienum expediri; & si *deprehenderit, non posse aliunde exsolvi, quam ex prædiorum distractione, tunc permittit distrahi; si modo urgeat creditor, aut usurarum modus parendum æri alieno suadeat.* Item animadvertere, *ne propter modicum æs alienum magna possessio distrahatur. Non debet etiam nimium tutoribus vel curatoribus credere, qui nonnunquam lucri sui gratia adseverare prætori solent, necesse esse distrahi possessiones, vel obligari. Requirat ergo . . . . qui instruere possit prætoris religionem. &c. l.* 5. §. 9. *& seqq. h. t.* Ubi multa præclara in hanc rem habentur; quæ exacte satis apud Curiam nostram servantur. Ut tamen causa æris alieni ad quamlibet necessitatem producatur; velut, si aliter pupillus ali non possit. *per d. l.* 22. *vers. præcipimus.* Item si cavendum sit pupilli nomine judicatum solvi. *l. ult.* §. 3. *C. de Admin. Tut.* Denique dotis & donationis propter nuptias causa. *l.* 61. §. 1. *de jur. dot. l.* 8. *C. de Præd. Minor.*

4. Extra has causas ob solam utilitatis rationem, alienatio non debet, neque potest a judice permitti, ne quidem si utilitas sit prægnantissima, nihilque periculi pupillo sit in medio, *l.* 5. §. 14. *l. pen. in pr. h. t.* ubi exemplum infructuosi & pestilentis fundi, quem tamen vendere non licet: idque religiosissime a Curia nostra servatur, exemplo apud Sandium existente *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 15. Addam unum & alterum meæ memoriæ, de quibus tamen apprime dubitatum fuit. Matrona nobilis tutrix liberorum suorum habebat agros modicos sed multos, variis locis sitos apud Omlandos, communes cum alio liberorum suorum cognato, in eadem provincia habitante, qui semper illos administraverat, dimidiasque mercedes matronæ sine molestia quotannis tradere solebat. Hujus hæredes eos agros pro suis partibus vendere parabant, quo futurum erat, ut liberi illius matronæ in communionem minutam cum variis ignotisque hominibus inciderent, ingenti suo incommodo. Petebat igitur mater, ut sibi partes alteras eadem opera vendere liceret, offerens sponsorem, se pecunias inde redigendas aliis agris heic in Frisia pro liberis comparandis impensuram. Relatione a me commissario facta, sex Domini concedebant alienationem, propterea quod eo modo legi abunde satisfieret: Sex Domini negabant, quia necessitas aberat, utilitas sola suadebat, & prohibitio legis est *præcisa*, non recipiens æquipollentem cautionem aut compensationem. Ac ita rescriptum est negative ad libellum, *d.* 31. *Januar.* 1680. Principio anni sequentis, juvenis industrius uxorem duxerat minorem annis 25. res soli possidentem. Ipse vero, stannarius artifex, egebat æris an emendam officinam materia & instrumento artis instructam, cujus tunc optima dabatur occasio. Petebat igitur a Curia veniam, fundum aliquem uxoris vendendi, aut hypothecæ obligandi, allegans pro causa necessitatis, quod aliter se familiamque sustentare non posset. Me quoque referente, major tamen pars Dominorum negavit, eo quod absoluta necessitas non aderat; nec enim, ut antea vir fecerat, porro non poterat opera ministeriali artis ejusdem, exercere victum. Penes Nautam reperio, apud Curiam olim disceptatum fuisse super tali causa. Juvenis mente captus, habebat in bonis agrum, ex quo annuæ mercedis percipiebat ducentos octuaginta florenos. Hunc agrum curatores ejus vendere poterant pro tanto pretio, quod sufficiebat ad redimendum annuum reditum sexcentorum florenorum ex Dominio Biltano ipsi solvendum, quem reditum antecessores insani adolescentis ante hac vendiderant, sub lege redimendi. Heic utilitas erat evidentissima: nam pro florenis annuis 280. habiturus erat, hac venia data, sexcentos. Nonne crimen fuisset, superstitione legum, ut ita loquar, tantum minori insano intervertere lucrum? Credo, non deessent, qui insanum reputassent judicem, hanc insano veniam recusantem. Sed bene habebat, quod curatores necessitatem quoque probabant; quippe pro ducentis octuaginta florenis adolescentem debito modo sustentari non posse; ideoque impetrata est alienandi venia, *in causa Foke RouWvvers contra Johannem de Veno. d.* 4. *Januar.* 1637.

5. Hæc non placebunt iis, qui jus Romanum non nisi pro suo arbitratu sequuntur, nec censoribus artis Groenewegio, Autumno, & similibus ad *l.* 13. *h. t.* Nec etiam moribus Batavorum, teste Grotio *Introd. l.* 1. *part.* 8. *n.* 15. verb. *ofte andersins opentlyck nut voor de vveesen &c.* Non desunt etiam, qui juri civili existimant esse consentaneum, ut evidentem utilitatem judex sequatur, Tiraquell. *de LL. Connub. gl.* 8. *n.* 68. *qu.* 8. Montan. *de Tutel. c.* 33. *n.* 450. contra quos disputat D. Wissenb.

ad h.t.th. 20. Nostri *δικαστπόλοι*, præter quod in jus Romanum juraverunt, ita existimant; fieri quidem posse, ut hujusmodi rigore commodum aliquod, aut utilitas minoris alicujus intervertatur, sed in universum consuli pupillorum atque minorum fortunis. Quippe si judicum arbitrio utilitatis æstimatio committeretur, metuendum erat omnino, ne vis prohibitionis hujus, pupillis adeo salubris, evilesceret ac enervaretur, ita ut res in meram solemnitatis functionem transformaretur.

6. Cum inquisitione judicis, *d. l.* 22. jungitur probatio causæ, quæ per testes & instrumenta conficitur. Quorum a commissario facta relatione, sequitur Decretum; cujus instrumento publica forma emisso, sequitur venditio vel obligatio apud nos. Et quidem venditio solenniter, ut alibi fere, peragitur, præmissa triplici promulgatione, judiciali & ecclesiastica, per totidem hebdomades, ad lucem ardentis candelæ, qua extincta, res plurimum licitanti addicta censetur. 1. *Stat. Fris. tit.* 13. *art.* 10. Decretum igitur venditionem præcedat oportet, *d. l.* 5. §. 9. *h. t.* verb. *tunc permittet distrahi*. Quæ res tamen non facit, ut vitium commissum dicatur, quando prius fit venditio, ut postea decretum impetretur, quemadmodum sæpissime instituitur. Nam prior venditio est conditionalis, si decretum sequatur, & decreto interposito non extiterit qui plus offerat, quo casu prima venditio est sine re & sine effectu.

7. (d) Hac forma non servata, vel re sine decreto alienata, venditio rerum minoris est ipso jure nulla, cujus argumentum & effectus est, quod minor rem, ubicunque sit, vindicare potest, *l.* 5. §. *pen. h. t.* quæ statuit eandem nullitatem, *si prætori sit obreptum*, hoc est, si decretum quidem interpositum sit, verum e causa legibus non probata. Sed magis placet Diocletiani distinctio, decreto plane omisso, *dominium retentum & obstructam alienandi viam* censeri; decreto autem ordine juris interposito, restitutionem in integrum esse implorandam, *l.* 11. *C. de Præd. Min.* ubi casus quidem est, si læsus sit minor in pretio, de quo casu agit Wissenbachius *th.* 16. *h. t.* Sed est eadem ratio, quando solennitas observata, verum in diligentia causam cognoscendo peccatum est. Hæc ita, nisi minor contractum alienationis major factus ratum habuerit expresse, vel tacite lapsu quinquennii. *l.* 1. *l.* 2. & *l. ult. C. Si major fact. alien. rat. hab. l.* 6. *C. Arbit. Tut.* In rebus donatis hoc casu longum tempus, id est decem vel 20. annorum lapsus, ad tacitam approbationem requiritur. *d. l. ult.* Si emptor quoque sciverit, rem esse minoris, ille venditionem implendam prætextu nullitatis recusare non potest, ut docet, ac judicatum refert Sandius 1. 9. 15.

8. (e) Sunt tamen casus, quibus decretum non requiritur, qui vel a persona patris, vel ab re ipsa desumpti sunt, etiam sine causa necessitatis. *l.* 2. *C. Quand. Decr. op. n. est.* I. A persona patris, si is in testamento vel codicillis rem alienari permiserit, *l.* 1. §. 2. *h. t.* licet testamentum vitiose factum sit. *l. ult. eod.* II. Si pater, vel is, cui pupillus successit, stipulanti fundum spoponderit. *l.* 5. §. 6. *h. t. l.* 3. *C. Quand. decret. opus non est.* III. Si emerit fundum sub lege retrovendendi. *l.* 1. *C. eod.*

Ab re petitus est casus. I. si cavendum sit pupilli nomine, judicatum solvi. *l. ult.* §. 3. *C. de Administr. Tut.* II. Si vendendum sit pignus, quod cum venia prætoris erat oppignoratum; quanquam tutius est, denuo adire prætorem. *l.* 7. §. 1. *h.* III. Propter dotem opus est decreto, si bonis venditis, pecunia viro danda sit, *l.* 4. & *l.* 8. *C. de Præd. min.* si ipsa prædia in dotem danda, non est opus. *l.* 61. §. 1. *de jur. dot. l.* 62. *eod.* Quæsitum est, an ad venditionem superficiei, hoc est domus impositæ agris, in qua coloni degunt, opus sit decreto. Quidni? dicas, cum sit res immobilis. Non requiri tamen, visum est Curiæ nostræ; cum curatores liberorum viri nobiliss. Scipionis ab Aylva ejusmodi superficiem liberis Petri Valerii vendidissent, ante ferias Paschales 1680. Ac ita, si dominus fundi superficiem vendiderit colono, cui simul ad longum tempus prædium locatur. Nam si rustici talium superficierum domini, minores annis 25., tales vendere velint, nulla causa videtur, eas decreto eximendi. Priore casu venditio fundi pro accessione locationis habetur, posteriore nihil est quam rei immobilis venditio.

9. (f) Pater etiam, tutor vel curator existens, indiget decreto, non tamen si liberos in potestate habeat, *l.* 7. §. 2. *h. t.* quanquam bona liberorum ne hic quidem ipsa vendere potest, nisi ob causam æris alieni. *l.* 1. *C. de bon. mat. l.* 1. *de Bon. quæ lib.* Ad quam rem, quatenus facti est, cum inquisitio & decretum ma-

(d) *Pos.* 7. (e) *Pos.* 8. 9. 10. 11. & 12. (f) *Pos.* 13.

magistratus sit necessarium, res fere eodem redit; ut si patres liberorum suorum bona vendant, opus sit decreto, idque nec aliter in usu hominum servatur. Quæritur, utrius judicis decretum, si res alibi sita sit, quam pupillus habitat, requiratur? Sufficit judicis loci, in quo Tutela agitur, decretum. *l.* 5. §. 12. *h. t.* Decretum præsidis, in quo situm est prædium, memorat lex 16. *C. de Præd. Min.* Utrumque conjungitur in *l.* 15. §. 1. & 2. *de Re Judic.* ut quod a priore decretum est, ab altero mandetur executioni. Plane judicis loci, in quo res sita est, decretum solius sufficit; alterius tamen decretum, ut fit, in sententiis judex loci comiter effectum habere patietur.

10. Quamvis autem in *tit. C. de præd. minor. non alien.* præsidiale decretum ubique requiritur, & præsidum jure fungantur hodie Supremæ Curiæ, decreti tamen hujus interpositio a magistratibus ordinariis cujusque loci proficisci potest, etiam nostris Statutis, *l.* 1. *tit.* 13. *art.* 8. Groenew. ad *l.* 1. *C. de Præd. Min.* Cæterum quia respublicæ, ecclesiæ, & universitates aliæ, jure minorum utuntur, poterat heic loci de bonis illorum non alienandis agi, nisi hic locus pridem occupatus esset ad *tit. Quæ res pign. obl. non poss. n.* 5. & *sequ.*

TIT. X.

De Curatoribus furioso & aliis extra Minores dandis.

I. Remissio. Prodigis etiam petentibus dari aliquando Curatores, etiam mente captis. II. Differentia Curatorum & administratorum. III. An Prodigus possit esse Procurator & postulare. IV. De modo interdicendi bonis, observatio.

(a) HUjus Rubricæ exegesin, habuimus *ad tit. Inst. de Curat. n.* 5. & *seqq.* Nec habeo quod addam, nisi quod aliquando prodigis etiam petentibus, cum alioquin invitis interdicatur bonis, curatorem datum vidimus, libello supplice judicibus oblato; vel quia tantisper recta rem reputantes via, se plerumque sui impotentes esse cognoscerent, vel quod graviorem metuebant animadversionem; utriusque exemplis in recenti memoria extantibus. Quod magis est, vidi bis datum curatorem mente captis petentibus: etsi contradictio videatur, mente captum se fateri, cum hoc mentis non alienatæ signum sit, agnoscere suam imbecillitatem. Sed probavimus ad *d. tit. Instit. n.* 7. magnam esse latitudinem mente captorum; esse in eorum numero, qui tueri possunt mediocritatem civilium officiorum, etsi majoris momenti rebus administrandis idonei non sint, ut latius demonstratum est in *lib.* 3. *Digress. c.* 18. Tales agnoscere suam infirmitatem, non est insolens.

2. Quod si in latitudine mente captorum contineri non possint, etsi minus idonei ad patrimonium suum administrandum, non tam curator petendus, & a magistratu dandus, quam administrator volens ad illis constituendus esset. Cujusmodi administrationes, quæ non habent publici muneris auctoritatem, non nisi volentibus imponi posse constat, & docet Sandius. 2. 9. 11. Hoc autem interest; quod administratores a constituentibus deinde mutari possunt; curatores non æque; sicut accidit nobili cuidam viro, qui suasu agnatorum a Curia petierat curatorem sibi tanquam mente capto dari. Hic deinde cum uxorem duxisset, (quemadmodum ejusmodi *macarones* οὐκ ὁλόκληροι, *semicocti*, ut de Claudio Augustus *apud Sueton.* matrimonii facultatem habent, etiam sine curatorum consensu, ut probat Sandius *lib.* 2. *tit.* 1. *def. ult.*) id agebat, ut in suam curam, adnitente inprimis uxore sua, restitueretur; cum probare non posset, ingenii sui facultates notabili accessione locupletatas esse, semel ac iterum repulsam tulit; etsi probaret satis, cum se tunc esse, qui ex mero judicis officio curatorem, bonis interdictus, accipere non debuisset; scilicet, facilius ab initio recusatur, quam deinde removetur curator. *arg. l.* 1. §. *ult. de Minor.* juncto §. 2. *I. de Curat.* Sicut etiam prodigi, quibus semel bonis interdictum est, non facile restituuntur, nisi longo temporis tractu, & diuturna morum æquabilitate se probaverint; nec enim sufficit, ad tempus modestia & religione in altitudinem fuisse conditum, quatenus simulata probitas, quan-

(a) *Pos.* 1. & 2.

quanto intentius est cohibita, tanto sæpe infestius erumpit. Quomodo juris quidam doctor, cui bonis interdictum erat, cum proferret testimonium verbi Divini ministrorum, quod adsiduo sacris interesset & magnam attentionem præstaret, similiaque, rejectus est, *quomodo adhuc*: cujus moræ impatiens celeriter antiquos induit mores.

3. Idem questus est, magistratus Doccumanos sibi negasse copiam fori sui & jus postulandi; quod ut advocatus exercere cupiebat, exercendi non incallidus. Disceptatum est ea de re apud Curiam. Pro illo faciebat, quod prodigus non sit infamis, neque jus postulandi usquam illi in jure negetur, quodque alia non esset ratio exercendi victum suum, quæ claudenda non videretur. Sed quia prodigi per omnia pro furiosis habentur, ut etiam a testimonio perhibendo penitus arceantur, §. 6. *l. de Testam. ord.* non permittendum est illis judicio stare pro aliis, qui pro se non possunt. Accedit, quod munus advocati hodie est publicum, & quod nostrates advocati non modo postulant, sed etiam sunt Procuratores, eæque functiones in foris nostris sunt inseparabiles: procuratores autem in hac qualitate clientium pecunias exigunt, atque in rebus eorum versantur: quod prodigo non erat committendum. quibus rationibus postulandi jus negatum, & rejecta fuit ejus petitio, *anno* 1681.

4. Ex his colligendum videtur, etsi modus interdicendi bonis exerceatur absque judicio contradictorio, si tamen is cujus interest, petat audiri, cum res maximi sit præjudicii, non videri judicium coram tribunali posse negari. *arg. l. 9. §. 3. & seqq. de Off. Proconf. & Leg.* Idem de mente captis, si mediocritatem civilium officiorum tueri posse videantur, & dubium sit, an suis rebus sufficere nequeant, abs re non est statuere. Qua de re his ipsis diebus publico scripto querentem videmus illustrem virum & politicorum aliquando principem habitum, (stupendum exemplum!) quod sibi inaudito, bonis ut insano interdictum, atque ut talis invitus venæ sectionibus & scarificationi bus sit curatus. Si modo res vere dubia, nec evidens sit mentis error in bonis saltem administrandis: tunc ipsos audiri, perquam inutile fuerit, cum nihil minus expectari possit, quam ut insaniam, etsi in plerisque mentis compotes videantur, ipsi suam agnoscant.

IN-

INCIPIT PANDECTARUM

PARS V.

LIB. XXVIII. TIT. I.

Qui Testamenta facere possunt, & quemadmodum Testamenta fiant.

I. De parte prima tituli, Remissio, & supplem. II. Collatio cum moribus; An vitium Status hodie sit causa prohibendi. III. Prodigorum testamenta hodie aliquando valere. IV. An id recte consultum, disputatur. V. De testamento Cæci. VI. De solennibus testamenti, collatis cum moribus Frisicis. & aliorum. VII. Testamenta ritu loci facta, ubique valere. VIII. An mulieres hodie possint esse testes in codicillis. IX An Legatarii & fideicommissarii. X. Scriptorem testamenti non necessario esse Tabellionem. XI. Instituta quædam erronea notantur. XII. De clausula nuncupativi testamento scripto adjecta. XIII. Inutilitas ejus exemplo declaratur. XIV. De clausula, ut testamentum valeat jure mortis c. donationis. XV. An Contractus vitiet testamentum. XVI. Explicatio ejus rei ad usum. XVII. Hæredem nec hodie quidem esse testem in Testam. XVIII. De duorum testamento in iisdem tabulis. XIX. An ultra conjuges hoc jus extendi possit.

(a) Post Contractus, qui nascuntur ex actibus inter vivos, sequitur ingens caput de ultimis voluntatibus. Hic tit. est bimembris, ut Rubr. indicat. De primo articulo: *qui test. fac. poss.* ad Institutiones abunde est dictum *d. 1.* Vitia corporis, quæ obstent testamenti factioni, habuimus *ibidem*. Morbus sane aut infirmitas corporis non obstat, modo animus valeat, *l. 2. & l. 3. C. h. t.* etsi lingua balbutiens seminecis eam protulerit. *l. 15. C. de Testam.* Quanquam Plato lib. XI. de LL. aliter sentiebat; propterea quod *ἀνοήτους καὶ διεστραμμένους τινὰ τρόπον ἔχομεν οἱ πλεῖστοι, ὅταν ἤδη μέλλειν ἡγώμεθα τελευτᾶν*, *Stulte quodammodo & perverse plerique affecti sunt, quando morti se proximos arbitramur.* Pertinet huc Euripideum illud; Δυσάρεστοι οἱ νοσοῦντες. *Morosi ægrotantes.* De usu temporum placet hæc addere.

2. Quicumque maximam vel mediam capitis diminutionem passi sunt, testamentum facere non possunt, legibus Justiniani. Sed utraque specie diminutionis obsoleta, sequitur & has prohibitiones ab usu esse remotas. Nisi quod is, qui hostis Patriæ declaratus est, vel ad eos transfugit, adhuc hodie mediam capitis diminutionem pati, nec ideo testamenti factionem habere censetur. *l. 5. §. 1. ff. de Cap. min.* Sand. *d. lib. 4. tit. 1. def. 2.* Idem judican-

(a) *Pos. 1. & 2.*

dicandum de his qui ob delicta proscripti sunt publice omnibusque impune occidendi permittuntur, qui & maxima capitis diminutione mulctari videntur. Sed quod de filiisfamiliarum Romanis visum fuit, * exacte apud nos servatur, licet alibi Europæ vix uspiam id obtineat. Hic scio filiosfamiliarum extitisse locupletes, quinquaginta natos annos, quorum legata relicta etiam modica, rebus judicatis, nulla pronunciata sunt. vid. Sand. *d. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 1.

3. Dantur & vitia corporis atque animi, quæ testamenti factionem impediunt, ætas impubes, ** furor & dementia, bonorum interdictio; denique surdi, muti, cœci, vel plane, vel secundum quid prohibentur, ut exposuimus ad *tit. Inst. Quib. non est permiss. fac. testam.* De prodigis id solummodo notandum, quod Sandius habet *in d. tit.* 1. *def.* 3. ubi Interdictio bonorum procurata erat a propinquis qui jam habebant testamentum ut volebant; hoc fine, ut ne Testator facultatem haberet mutandi testamentum. Mutaverat ille tamen, institutis etiam hæredibus aliis cognatis æque propinquis, auctisque pauperibus aliquot legatis. Approbatum est hoc posterius testamentum a Curia. Ratione gravissima, quod hæres primus fatebatur, se curasse testatori bonis interdici, ut amitteret testamenti factionem. Id enim in fraudem legis & æqui bonique factum, pro non facto haberi debebat.

4. Sandius addit rationem *aliam*, ex Novella Leonis Philosoph. XXXIX. qui reprehendit veteres, quod acta, gesta mortis causa vel inter vivos prodigorum, indistincte nulla esse voluerint. Ipse disputat, hujusmodi servandum esse moderamen hac parte, *si quid*, ait, *inutiliter gestum sit*, *non admittere*; *in quo vero aliqua utilitas vertitur*, *id suscipere oportet.* Sic Imperator Philosophus, longe aliter quam antiqui Jurisprudentes, qui jura condiderunt generalia & stabilia, neque pro casuum varietatibus aliter ac aliter usurpanda; ne quidem, etsi ratio juris introducti in certis casibus evidenter cessaret. Ecce; impuberes non possunt facere testamentum, *quia nullum eorum est animi judicium.* §. 1. *h. t. Inst.* Detur impubes qui multo solertior sit quam alius pubes, non poterit tamen facere testamentum. *Minorum bona non possunt alienari* nisi ex causa æris alieni aliave præcise necessaria, *l.* 22. *C. de admin. tut.* lata hæc lex est in eorum utilitatem. Quid si detur occasio vendendi res minoris cum utilitate insigni, valetne alienatio? Non valet, ut Sandius ex sententia Curiæ recte differit in *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 14. idque religiose apud nos servatur, ut dictum *supra.* Ratio, quia cum semel ita receptum est, ut prohibitiones ejusmodi cessent, quotiescunque cessat ratio in his aut illis casibus, nihil certi juris habeamus, sed totum a judicum arbitrio pendet. Verissimum in his omnibus est illud Taciti, quod legi applicare licet; Omnis lex *habet aliquid ex iniquo*, *quod utilitate publica contra singulos rependitur.* Sufficit Legem in universum Reipublicæ esse utilem; si quando certis in casibus durior videatur, id utilitate constantis observantiæ superatur. Videndum adeo, ne non idem de alienationibus prodigorum per testamenta vel contractus, (de utrisque Leo differit) eventurum sit; valeant, ait ille, si bene utiliterque, non valent, ubi secus consultum fuerit. Standum potius Jure Civili, quod rectum & æquabile est in universum, etsi casibus aliquando singularibus observatio legis durior videatur.

5. Solennitas quæ in testamento cœci observanda est secundum *l.* 8. *C. qui testam. fac.* moribus earum gentium, quæ Notario duobusque testibus contentæ sunt, non habet usum; sed ibi cœcorum testamenta celebrantur in forma communi, teste Groenewegio ad §. *ult. Inst. h. t.* Apud nos ad amussim tenetur forma *d. l.* 8. habetque locum etiam in testamento Parentum inter liberos. Sand. *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 8. Proinde cœcus potest facere testamentum quomodo vult & quomodo potest, sicut indultum est parentibus inter liberos disponentibus. Quid ergo? Pater cæcus fecit testamentum in forma communi; testibus septem prælegitur, ut fert usus, initium & epilogus testamenti; argumentum voluntatis non significatur, sed affirmat testator tabulas sibi esse prælectas & reliqua testamentorum solennia observantur, valetne testamentum? Non vali-

* Existimat Auctor, extra Frisiam vix ullibi observari Jus Romanum, quod filiosfam. a jure testandi excludat, sed nostro Jure nihil mutatum, imo eandem prohibitionem Saxonicis legibus non repugnare, docet Schilter. *ad ff. Ex.* 14. §. 17.

** Minores autem valide testantur, si sui juris sunt. *l.* 4. *C. qui test. fac. poss.* Unde & apud nos mulier sine Curatore valide testamentum condit. *P.* 2. *C. Fl.* 25. §. *f.* ibique Carpz. *def.* 10. Richt. *dec.* 24. *n.* 20. *seqq.* atque ita resp. *Fac. Jur. Lips. M. April.* 1701.

valiturum esse, respondi consultus, Olphardo Hindema consuli Franekerano, seni cœco, inter liberos testaturo; qui tamen aliter quam more communi noluit testari; proinde non valere ita conditum, judicavit deinde Senatus *inter liberos ejus*. Ratio, quia testamentum cœci nuncupari debet, hactenus saltem, ut testibus duobus tribusve constet quod ita voluerit testator: Nuncupationem enim *lex* 8. requisivit, quia cœcus scire non potest, an id, quod sibi prælegitur, sit illud ipsum quod in tabulis, quæ testibus exhibitæ sunt, continetur. Privilegium paternum consistit in minore numero testium, non in cautione cœcitatis causa adhibenda.

6. (b) Altera pars hujus tituli est de solennibus testamenti requisitis, quæ similiter ad *Instit. titulo de testam. ordin.* plenissime, quod ad paratitlarem methodum attinet, absoluta est, quo proinde lectorem remittamus oportet.

Quod ad mores attinet, in plerisque locis testamentum coram Notario & duobus testibus factum viget, in quibusdam apud acta Judicii faciendum est. Apud Frisios quod ad ordinationem testamenti attinet, agnita fuit ab anno 1542. consuetudo, qua testamentum manu Pastoris loci duorumque testium ad id rogatorum confirmatum, valere statuebatur. *lib.* 1. *Stat. tit.* 16. *art.* 1. Sed quia mos juris civilis exinde magis invaluerat, compilatores Statutorum, anno hujus seculi *secundo* dubitaverunt, an illa consuetudo ita recepta esset, ut vim legis tueri posset. Ideoque tutius visum est ordinibus, edicere ut in ordinandis testamentis jus scriptum Frisii sequerentur. *d. tit.* 16. *art.* 2. Una re excepta, ne signacula requirantur, sola subscriptione testatoris & testium sufficiente, *d. art.* 2. quam exceptionem res ipsa flagitavit; quia sigillorum usus in nostra plebe rarior, ideoque testamenti factio per hoc requisitum nimis impedita fuisset. Eadem usus frequentia fecit apud nos, ut notæ vel symbola, quibus imperiti literarum suum consensum exprimere solent, pro subscriptionibus habeantur, modo addita tabellionis manu significetur cujus id signum sit, aut e testibus id constet, & hoc scripturæ imitamentum, æque in testibus ac in testatoribus toleratur, jamque pridem innumeris rebus judicatis approbatum est. Nec dubium, quin hac parte sit recessum a jure civili. *l.* 21. *C. de Testam.*

Non valent igitur testamenta quæ coram Notario duobusque vel tribus testibus fiunt, ut alibi Europæ receptum est; tametsi Groenewegius ad *pr. h. tit. Inst.* inter auctores qui tradunt testamenta eo modo condita valere moribus hodiernis, Statuta quoque nostra laudet; *d. tit.* 16. non modo contra mentem, sed etiam contra verba indubitata.

7. Rectius dixisset, testamenta in iis locis, ubi viget ista consuetudo, etiam a popularibus condita, vim & effectum habere in Patria, non modo respectu mobilium, sed etiam immobilium rerum in hac Provincia sitarum, ut Sandius docet, & rationibus luculenter adstruit. *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 14. Hoc ita, si Frisius apud exteros more loci, in quo moratur eo tempore, testatus sit. Quid autem si nostras ad exteros proficiscatur ibique testetur more patrio? Distinguitur, utrum mos Frisicus in eo loco sit prohibitus, an diversus mos simpliciter receptus sit: veluti in Hollandia sic juris est, ut testamenta coram Notario duobusque testibus celebrentur; sed ratio testandi quæ Jure Romano præscribitur & a nostris probatur, ibi non prohibetur. Grot. *l.* 2. *Introduct. part.* 17. Si Frisius more nostrate testetur in ejusmodi loco, ubi sic non licet testari, verum ubi alia forma præcise observanda est, ibi testamentum ejus more nostro vel Cæsareo factum, inde ab initio vitiosum est, nec in ipsa Frisia valere potest, ne quidem respectu bonorum illic sitorum. Rodenburg *tract. de jur. quod or. e stat. diverf. cap.* 3. *tit.* 2. Ratio est, quia Statutum vel Consuetudo præscribens solemnitates testamenti, non adficit res testatoris neque ejus personam, sed ipsam dispositionem quæ sit in loco statuti vel consuetudinis, verba sunt Sandii *d. def.* 14. & quicunque reperiuntur in jurisdictione Statuentis, legibus & institutis ejusdem parere coguntur, si acta sua civilem effectum habere cupiant, *arg. l. ult. ff. de jurisd.* Atque inde ita juris est, ut in cujusvis actus solemnitate inspiciatur consuetudo loci, ubi is, inquam, actus celebratur, etsi is, qui celebrat actum, ibi larem fixum non habeat, ait iterum Sandius *d. loco.* Quando quis igitur condit testamentum coram septem testibus in provincia, ubi non aliter liceat testari quam apud Acta Judicii certa forma, clarum & certum est, eam dispositionem contra leges factam esse ipso jure nullam. *l.* 5. *C. d. LL.* Jam quod semel ab initio est invali-

(b) *Pos.* 3.

lidum, id ex post facto convalescere non potest, ideo effectum habere nequit in iis locis, ubi testamenta coram septem testibus recte fiunt fierique debent: nam Statutum alterius Provinciæ, in qua testator fuit, cum ita disponeret, inde ab initio *affecit ipsam dispositionem*, nec potuit aliter afficere, quam leges prohibentes aut præcipientes ubique faciunt, ut id, quod contra leges geritur, vitiosum sit atque nullum. *d. l.* 5. Sandius in *d. def.* 14. agit quidem de casu quo Frisius testatur secundum leges loci, in quo agit; sed rationes, quibus utitur, æque in alteram speciem conveniunt. Hoc referri velim ad ea, quæ dicta sunt ad *tit. de Legibus & de conflictu statutorum pag.* 25. *Part. Præced.*

8. Porro lex illa Frisica & quæ sunt similes, una exceptione illa de signaculis, evidenter firmant omnes reliquas Justiniani positiones, quas ad Institutiones & ad Pandectas vidimus. Nisi quod unum alterumve juris Romani requisitum nostris etiam moribus obsoleverit, veluti quod de notis hominum illiteratorum diximus, item, quod testes subscriptionibus suis addere debebant sua manu, cujus patrisfamilias testamentum signarent, ut habetur in *l. pen. h. t.* Hinc etiam de quæsito, utrum mulier possit esse testis in codicillo, vix est ut audiam Groenewegium adfirmantem ad §. 6. *I. h. t.* jure civili mulieres, in codicillis testes adhiberi posse, moribus autem secus esse. Ego id apud juris scripti interpretes stio controversum esse; Ideoque prout judices nostri de sententia juris Romani persuasi fuerint, ita codicillum, in quo mulieres sunt testes, probaturos vel improbaturos esse crediderim; denique, posse feminas in codicillis ut testes admitti, liquida ratione probavimus ad *tit. Inst. de Codicill. posit.* 4. & 5. *ibique in prælect.* Atque id in locis, quæ jure scripto utuntur, servandum existimaverim.

9. Idem fere de legatariis & fideicommissariis esto judicium, quos jure civili ad testimonium in testamento perhibendum admitti, nota res est, §. 11. *Inst. d. tit.* a moribus hodiernis id alienum esse, putat Groenewegius ad *d.* §. 11. *n.* 7. Forte ratione earum gentium, quæ testamenta eodem modo celebrare solent, quo contractus aliaque inter vivos acta, non male; nobis a Cæsare discedendi hac parte nulla causa videtur, nec adeo in cæteris testamenti partibus.

10. In aliis gentibus soli Tabelliones sive Notarii, testamenta, sicut alia instrumenta, scribendi habent facultatem; apud nos, a qua persona scriptum sit testamentum, non attenditur, modo septem testes uno contextu sint adhibiti; quin ipse quilibet paterfamilias voluntatem suam seorsim scribere, testibusque offerre potest subscribendam. Nec id a jure civili discrepat, quo nusquam requiritur, quid sciam, ut testamentum publicum, a persona publica scribatur: vocatur quidem instrumentum publicum, *l.* 2. *pr. ff. Testam. quemad. aper.* sed hoc ideo, quia publice omnibus quorum interest, copia describendi & inspiciendi danda est, non ratione compositionis & formæ. Ita & Viglius noster *eod.* §. 6. *de Testam. ordin.* Debent tamen, si recte consulunt testatores, juris adhibere peritos, cum alioqui facile ad incommodum intestati redigantur, & requisita maxime essentialia, quin & ipsa hæredis institutio a Pastoribus & Ludimagistris, qui aliquando scribendo adhibentur, omittantur; ut observatum & litigatum de testamento cujusdam matrisfam., scripto a Pastore pagi Hardegaripensis 5. *Mart.* 1680.

11. Scriptores testamentorum plerumque in more positum habent, ut si qua legata a testatore relinquantur, ea primo loco referant, hæredis institutio sequatur; qui mos etsi innoxius, tamen est contra naturam negotii, cum hæredis institutio sit basis & fundamentum testamenti; adeo quidem ut olim nihil ante hæredis institutionem positum valeret, §. 34. *Inst. de Legat.* quod utcunque tam rigide jam non servetur, vult tamen ratio juris, ut basis ante reliquam structuram collocetur. Est & hic mos perpetuus, ut cum testamenta per scripturam composita sunt, testibus exordium & conclusio prælegatur, reliquis testamenti capitibus silentio pressis, quod minime est insolens; cum hæc ipsa sit testamenti scripti proprietas, quod ideo mysticum vocatur, nec adeo necesse fuerit unum verbum prælegere; sed ut mos erat veterum, Testator tabulas testamenti clausas manu tenens, ita fari potest: *His ego tabulis meam voluntatem ultimum inscripsi, cujus rei vos testes esse volo, rogo. l.* 21. *C. de testam.* Sed nostri tabelliones, quasi testes nescio quid occulti aut nefarii subesse vereantur, solent adjicere stipulationem, ut testator caveat testibus, de eo, quod ignorantes argumentum testamenti, tamen ei subscribant; & hoc testatores sæpe ita satagunt, ut hypothecam suorum quoque bono-

rum

rum subjiciant, seque ea gratia Curiæ Supremæ subjiciant. His nugis nihil ineptius neque indignius est juri civili adsuetis; nec enim modo superflua, sed & contraria sunt naturæ testamenti. Superflua, quia testes non subscribunt in approbationem eorum, quæ testamento disposita sunt, verum in id, quod testatorem audivere dicentem & declarantem, iis tabulis contineri suam voluntatem. *d. l.* 21. Contraria, quatenus nihil inimicius unitati contextus, quæ testamento essentialis est, quam si actus extraneus ei inseratur, *l.* 21. §. 3. *ff. Qui testam. fac. poss.* & pro exemplo rei extraneæ evidentissimo habetur *Contractus*, *arg. l.* 20. *de V. S.* quem illa cautio infercit testamento, & quidem, si accedat hypotheca, duplicatum.

12. Addere solent clausulam codicillarem, eamque amplificatam, hoc modo; Si testamentum non valeat modo solenni, ut subsistat non modo jure codicilli, sed etiam ut testamentum nuncupativum, vel donatio mortis causa; quæ extensio in jure nusquam legitur, nisi tu sub his generalibus verbis eam intelligis, aut alia *quacunque ratione*, quæ sunt in *l.* 29. §. 1. *Qui test. fac. poss.* Sed additio nuncupativi non potest usum habere, nisi quando testamentum a capite ad calcem testibus est prælectum, vel quando ipse prius viva voce coram iisdem testibus, quid suæ voluntatis esset, enunciavit: Alioquin implicat contradictionem, ut vim nuncupativi testamenti habeat, quod nullo modo nuncupatum est. Etenim ea gratia nuncupatio instituitur, ut cum vis rapida morbi scribendi moram non admittit, convocatis subito hominibus, testator iis coram voluntatem suam declaret, omniaque dispositionis secreta, verbis palam expandat. §. *ult. Inst. h. t. ibique* Vigl. Proinde, si testamentum clausula nuncupativi sit adjuvandum, non potest id aliter obtinere, quam concurrentibus hisce terminis habilibus; Scil. Nuncupatione per testatorem, vel prælectione totius testamenti per actuarium facta, si testator antequam omnia in scriptum sint redacta, testesque vel ipse subscripserint, spiritum exhalet, tum is casus extitit, quo clausula nuncupativi, vim vigoremque obtineat. Pragmatici tamen & tunc eam habere virtutem volunt, quando Notarius nuncupatam testatoris voluntatem solus excipit, eamque redigit in scripturam, vel quando testator tabulas clausas offert Notario, coramque ipso & testibus declarat, eam, quæ charta clausa continetur, esse suam voluntatem, quam declarationem Notarius dorso testamenti inscribit, ita D. Voetius P. ad *d.* §. *ult. cap. de Moribus*, multa practicorum auctoritate munitus, quos inter Viglius noster ad *d.* §. *fin.* At hic quidem nihil aliud docet, quam quod nos antea posuimus; Agit de casu, quo testibus omnino prælectum est testamentum, nec Schneidewinus ab eodem D. Voetio laudatus, aliter quam de nostro genere testandi, per scripturam nuncupationemque simul, loquitur; Credo & reliquos auctores ita existimare, quos non fuit otium inspicere. Nam illa nuncupativi usurpatio nimis a ratione abhorret.

13. Ad usum rei detegendum, recenseamus aliquot casus; Primus sit, Quando testator verbis enunciavit totam voluntatem suam, etsi deinde redigatur in scriptum, non tam opus est hac clausula, quam universum testamentum est nuncupativum. Ideoque licet testator ante finitam scripturam moriatur, testamenti vis ea re nihil infringitur. Alter casus; testator scriptum testamentum facere voluit, attamen id totum prælegi jussit, tum si moriatur ante subscriptionem, clausula nuncupativi faciet, ut voluntas sustineatur. Tertius casus: Testamentum est scriptum neque prælectum testibus, sed testator dixit, sibi id esse prælectum eamque suam esse voluntatem; expiravit autem priusquam subscriberet ipse vel testes, numquid clausula nuncupativi effectum habebit? Dicet aliquis, habere debere; quid enim interest, enunciaverit quod volebat, an dixerit se velle, quod in tabulis ejus jussu conscriptis positum est; Non valere tamen, Curia nostra censuit *in causa Egberti a Someren contra Æmilium Jensma. d.* 27. *Octobr.* 1664. Sixtus Terwischa testamentum scribi jusserat cum hac clausula; non erat prælectum testibus, sed dixerat, sibi id esse prælectum, suam esse voluntatem quidquid in eo scriptum erat, ipse in hoc erat, ut subscriberet, & ferme absolverat, utcunque tremula manu; defecit subito coram testibus; hi dein subscripserunt, addito, quomodo res gesta esset; judicatus est intestatus decessisse Terwischanus, & quidem φιλονομικῶς. Sunt enim distinctæ species, Scriptum & Nuncupativum testamentum, nec adeo confundi jura convenit, ut is, qui scriptum facere voluit, absque nuncupatione nuncupativum fecisse dica-

catur. Accedit, quod is, qui non absolvit, cœpisse magis testari, quam testatus esse videtur, & adhuc pœnitere potuit; quod in hoc testatore non abhorrebat a suspicione veri, qui antea sæpe sollicitatus ad testandum, constanter dixerat, non placere. vid. *l.* 25. *ff. Qui test. fac. poss.* Faciendum igitur Notariis, ut quando periculum in mora scribendi esse vident, contractis raptim hominibus, testatori suadeant, ut nuncupet voluntatem, quam nuncupationem deinde in scriptum redigant, qua re inter alia Parentem meum p. m. narrare memini, se januam praxeos sibi aperuisse, cum novus in foro id in simili casu instituisset, stupente vulgo, (raro n. fit) homine mortuo testamentum scribi posse; nam id memoriæ causa, digressis testibus factum erat, & expedit, dum scriptura est instrumentum probationis, non forma testamenti.

14. Quod attinet ad ampliationem Clausulæ per donationem mortis causa, hæc non modo supervacua, quatenus Codicilli mentio sufficeret, sed & adversa naturæ testamenti videtur: Nam magis est, ut donatio mortis causa in Testamento consistere nequeat, quia fit per duorum consensum, *l.* 38. *ff. de donat. m. c.* talia vero a testamentis abesse debent, ne subtilissima unitas contextus offendatur, ut diximus *ad tit. Inst. de Test. ordin. posit.* 18. *ibique in Prælect.* Non potest, inquam, donatio perpetrari in ipso actu testandi, ita ut declaratio donantis & acceptatio donatarii conjungantur; sed quominus Testator declaret, se donasse Titio centum, nihil vetat; nec etiam vero, se jam donare; sed tum aut a legato nihil distaret, aut acceptationem deinceps accedere oporteret. *vid. ad d. tit. Instit. posit.* 19.

15. Quæsitu dignum est, an per donationem plene perpetratam, adeoque per quemlibet contractum, testamenta penitus vitientur, qua de re sententias Dd. varias recenset D. Voetius *ad §.* 3. *I. de Testam. ord. n.*4. De jure non videbatur ambigendum, quin extraneus actus, cujusmodi & contractus habetur, unitatem contextus violet, perniciemque testamento adferat, *l.* 28. *in pr. C. de Testam.* ubi; *nullo actu interveniente.* Textu tamen illo & rationibus consideratis, non est necessarium, ut id de contractu intelligamus, modo nihil clam testibus & seorsim celebretur; id enim vetat *d.l.* 28. Utique ita dicendum videtur, si contractus obiter fiat, & a materia testamenti non sit alienus, cujusmodi est illa stipulatio de indemnitate, quamlibet inepta, qua testes sibi cavent de occulto testamenti argumento; idemque de donatione mortis causa existimem. Non puto, nos fore tam valide theoreticos, vel theoriam esse tam rigidam, ut ob ejusmodi conventiones testamentum vitiari statuendum sit. Si vero contractus a testamento plane sit alienus, non video, quid nos absolvat ab observatione juris Civilis, quod per extraneum actum unitatem contextus violari dictat, nostrumque Statutum suffragatur huic rigori, omnia juris Civilis requisita per unicam exceptionem præcise adfirmans & inculcans.

16. Noli tamen exinde colligere, si dum Notarius describit id, quod Testator dictavit, aut dum testes inter se colloquuntur haustuque vini recreantur, interim ipsi inter se, vel Testator cum aliquo ex illis, nescio quid contrahant, eo statim vitiari testamentum; etsi contractus ille nihil commune cum materia formave testamenti habeat. Non ea mens est hujus requisiti; sed contractus abesse debet eo temporis articulo, quo Testator conscriptis perfectisque Tabulis, declarat, compellatis testibus, in iis suam contineri voluntatem, eosque, ut attestari velint, rogat, simulque tam ipse quam testes subscribunt. Hoc est illud momentum, quo unitas contextus religiose conservanda est, ut docuimus *ad tit. Inst. de Testam. ordin. posit.* 23. *& seq. ibique in Prælect.* Proinde, quæ prius & quæ postea fiunt, innoxia habenda sunt. In illo autem momento hoc unum agendum, nihil ut extraneum addatur, ne falsis occasio detur fabricandis, quæ olim circa testamenta frequentissime excogitabantur; adeo ut lex Cornelia de Falsis, per excellentiam *Testamentaria* dicta fuerit. §. 7. *I. de Publ. jud.*

17. Non est igitur faciendum, ut scita Juris Civilis, utcunque subtilia, putemus absurda, licet earum ratio nobis sit obscurior Credendum, veteres, experientia subtilissimarum falsitatum, in his etiam institutis excogitandis acutiores esse debuisse; Non ausim igitur cum D. P. Voetio *ad §.* 10. *Inst. audacter adserere,* ita ille, *posse hæredem quandoque esse testem in testamento moribus hodiernis, idque ideo, quod testamentum non necessario testibus prælegatur, verum clausum iis exhibeatur.* Nam id aque jure civili notum & cautum est, *l.* 21. *C. de Testam.* ut aliquoties dictum, nec ulla ratio hac parte suadet, a jure scripto ut recedamus.

18.

18. Est etiam hoc manifesto receptum, ut duo Conjuges aut amici, in iisdem tabulis singuli proprium testamentum condere possint, adeoque duplex sit revera testamentum in eadem charta, quod in foro Romano fuisse inauditum, juritque rationi adversum esse, probavimus in *Prael. ad d. tit. Inst. num.* 19. *pag.* 173. idemque Viglius & Vinnius *ad* §. *pen. Inst. d. tit.* quibus addam, quod ait Viglius ad §. *pen. num.* 3. absurdum esse, tabulas altero testatorum adhuc superstite publicari: cum testamentum nisi post mortem, effectum habere non possit, & incivile sit, de vivente palam fieri, quid post ejus fata sit futurum. Quo nomine male audivit olim Augustus, quod Antonii quamlibet inimici, Testamentum pro concione recitasset, ut *Dio Cassius* testatur. Quin imo Testamentum alterius, per posterius singulare testamentum jure factum, rumpi potest, dum id, quod alter fecit, adhuc subsistit; quae res iterum veteribus JCtis visa fuisset enormis, nec in ipso casu pupillaris substitutionis locum habere potuit. §. 5. *l. de Pup. subst.* Et haec res supponit aliud ἀπροσδόκητον, quod ubi duo conjuges aut amici in eadem charta testati sunt, seque mutuo haeredes scripserunt per quandam conventionis speciem, alter alterum foeda machinatione decipere possit, nova testatione, socio ignaro, consignata; nam hoc licere, sequitur ex eo, quod duo penitusque diversa testamenta sint. Gail. *lib.* 2. *obs.* 117. *n.* 2. aliique *citati* a D. Voetio ad *d.* §. *pen. num.* 5. Peck. 1. *de testam. conj.* 43. & *l.* 3. *c.* 1. Atque haec conjunctio testamentorum, licet inter conjuges maxime frequentetur, eadem tamen ratione inter fratres, sorores, aliosque amicos fieri potest, & auctores indistincte loquuntur, apud Peckium *d. lib.* 1. *C.* 19. *n.* 2.

19. Non desunt tamen, qui apud nos putent, conjunctionem illam duorum testamentorum, non nisi inter conjuges habere locum; inter alios si fiat, standum esse jure civili; sed nec ratio, per quam ita sentiunt, nec usus noster id evincunt. Ratio est ex Novella *Valentiniani tit. de Testam.* quae de conjugibus agit; sed notum est, hujus Principis constitutiones non facere partem juris Justinianei, nec esse receptas in Europa. *Carent*, inquit Viglius *ad d.* §. *pen. n.* 3. *in fin. omni auctoritate, nec in judicio recitari possunt*; adeo ut haec consuetudo non a Valentiniano, sed a disputatione Interpretum & opinione Doctorum invaluerit. Denique in Senatu Curiae nostrae, jus dictum scimus e testamento reciproco duarum sororum *Swartzenburgicarum*; etsi partibus in mentem non venerat, ut de hoc articulo disceptarent, tamen non erat dubia mens Senatus, valere testamentum; & saepe alias fit, ut propinqui, convictores, amici, in amicos inducant, quo pariter ultimas voluntates componant, neque de valore dubitatum fuit in peristyliis fori; meminique, veteranos Advocatos & eruditos a causis contra ejusmodi testamenta, ut desperatis, abstinuisse. Intelligo tamen, postea Curiam Supremam habuisse pro nullo testamentum, in quo diversi fratres reciproce testati erant, in causa *Nicolai Bruinsma in qualit. contra Jenne Hanses cum sociis. d.* 15. *Jul.* 1684. *Haec sententia*, sic mihi retulit Vir Ampliss. *in Acta relata, sed non est pronunciata, quia partes transegerant.* An, quod plures duobus fuerint, an quod ultra conjuges hoc jus extendere non placuerit, non habeo dicere. Certe in immodicum coacervari numerum testatorum, deforme foret, ut si parentes cum liberis & adfinibus in iisdem tabulis testari vellent, quomodo quatuordecim homines in una domo instituisse, aliquando accepimus. Quis dubitet, quin merito id rejiceretur? Placet hoc addere; Ab hominibus Maccumanis oblatum mihi esse Codicillum reciprocum Viri & Uxoris, in quo testes erant Mater Testatoris, cum duabus Sororibus, & Fratre Testatricis. Insolens forma, nec tamen in leges impingens. Ideo respondi, valere videri. *d.* 9. *Septembr.* 1688.

TIT. II.

De Liberis & posthumis hæredibus institu endis, vel exhæredandis.

I. Remissio, & distinctiones posthumorum. II. Remissiones, item an causæ exhæredationis pares, vel graviores admittantur. III. Non dari Querelam fratri, cum spurius hæres factus est. IV. An exhæredatio per reconciliationem tollatur. V. An differentia Nullitatis & rescissio nis hodie superstit. VI. Si superstit, an reales habeat effectus hodie. VII. Dari tales effectus, & recensentur. VIII. Exhæredationem sine causa, & præteritionem matris, testamentum facere nullum, in Foro, non jure civili. IX. Discrimen juris civilis inter suos & emancipatos, moribus etiam esse sublatum. X. Quasi agnationem posthumorum quoque sublatam esse XI. Jus veræ posthumi agnationis, non esse obsoletum. XII. Quid de liberis adoptivis.

(a) HIc titulus est parallelus Rubricæ Institutionum, de Exhæredatione liberorum; Quam ita illic profecuti sumus, ut ad paratitlarem expositionem nemo facile plus requisiturus sit, quod putem. Nam etsi de Exhæredandis liberis tantum inscriptio illa promittat, ratio tamen oppositionis & connexionis fecit, ut ibidem quoque de posthumis & de præteritione sit actum. Nisi placeat, posthumorum diversitates repetere, quæ ab aliis heic prolixe tractantur.

N. ADDIT.

In positionibus tamen adhuc aliud adductum erat, ab auctore hic omissum, forte, ne ad Scholium ibi positum respondere adigeretur.

POSITIO 14.

Unde liquet, exhæredationem posthumi cum nec nullitatem, † nec rumpendi effectum pariat, querela evertendam esse, adeo ut posthumus hodieque eodem sensu possit exhæredari, quo olim, nam & tunc, ut exhæredatio suum finem consequeretur, causæ justæ requirebantur, l. 7. de bon. damn. l. 5. ff. & l. 23. C. de inoff. test. *excepta specie, quam Justin. abrogat in* l. 33. §. 1. C. eod. *aliisque fortean similibus.*

† SCHOLIUM.

Puto nullitatem, quia Justinianus in Nov. 115. *certas exhæredandi causas pro forma testamenti posuit, quæ in posthumo obtinere nequeunt. Qui enim hic posset fieri ingratus? Et etiamsi una ex istis a testatore opponeretur, aperta tamen ejus foret calumnia, & ita querela inofficiosi, quæ contra hæredem jure novo in stituitur, cum causa exhæredationis est dubia, non est opus.*

Wissenbachio nostro labor ille, licet inutilis, tamen jucundus videtur ad *h. tit. th.* 25. Quod studiosis ita de hisce perplexis & subtilissimis distinctionibus videri, parum perspexi. Tu velim sic teneas; Definitionem omnis generis posthumorum suorum, tam verorum quam quasi talium, his verbis optime comprehendi. Posthumus est, *qui post testamentum factum jus sui hæredis est nactus.* Hoc fit 1. Nativitate post mortem patris. 2. Nativitate post mortem avi. 3. Nativitate post factum testamentum vivo patre, vel avo. 4. Per quasi agnationem nepotis post testamentum nati, in jus sui hæredis, per mortem patris. 5. Per quasi agnationem nepotis, qui tempore facti testamenti natus, erat alienus, in sui hæredis locum. *Primus* erat posthumus antiquus ex lege XII. Tab. *Secundus* ex sententia Galli Aquilii. *Tertius* ex primo capite Legis Vellejæ. *Quartus* ex Juliani sententia. *Quintus* ex secundo capite legis Aquiliæ. *L. Gallus.* 29. §. 11. *& sequ. D. h. tit.* Wissenb. *ad h. t. th.* 3. *& sequ.* Hæc olim tam anxie distinguebantur, quia si posthumus uno casu hæres vel exhæres scriptus, altero natus esset, testamentum rumpebatur, *l.* 10. *l.* 29. §. 8. *h. & l.* 26. *de Substit.* (1) quæ subtilitas a lege Justiniani aliena videtur, ut apparet ex *l. ult. C. de posthum. hæred. inst.* ubi casus unus porrigitur ad alterum. 2. Por-

(a) *Pos.* 1. *& seqq.*

(1) *Qui desideret expositionem* l. 29. h. t. *consulat Barthol. Chesium,* lib. 1. interpret. jur. cap. 49.

2. Porro de effectu præteritionis, de forma exhæredationis, de discrimine marium & feminarum, de causis exhæredandi. Item an similes vel graviores admitti causas oporteat, *ad Inst.* copiose actum. Ad ea tamen, quæ *n.* 10. ibi dicta sunt, causas ejusdem generis similes, aut graviores, non posse excludi, Thomasius heic loci opposuit.

S C H O L I U M.

Negavi tamen ad Instit. de inoff. test. posit. ult. *ubi simul ad exempla auctoris nonnulla, in quibus extensionem procedere arbitratur, respondi. Alia adhuc duo suppeditat* in prælect. ad inst. h. t. n. ult. Si patrem, *inquit*, carcere clausum, filius fidejussione liberare cunctetur, exhæredandus erit; at si ipse eum in carcerem per injuriam compegerit, id non licebit? Si patrem testari prohibuerit, exhæredari mereatur, si compulerit & coegerit ad suam libidinem testari, non poterit? *Sed videtur ipse auctor de convenientia horum exemplorum dubitasse, dum eadem in positionibus consulto omisit. Nam quod filium patrem carceri includentem attinet; is si privata auctoritate id fecerit, hæreditatem amittet, non argumento a minori ad majus, sed quod jam includatur hic casus* §. 1. & 2. *cap.* 3. d. Nov. 115. *sin per officium judicis ex causa criminali, spectabit iterum ad casum* §. 3. *Nam ob civile debitum, (de quo potissimum loquitur, quem extendere vult auctor* §. 8.) *non impetrabit filius, ut pater carceri mancipetur, quia parentes habent beneficium competentiæ. Deinde quod concernit filium cogentem parentes, ut ad suam libidinem testamentum faciant, is utique exhæredari poterit, non vero propter interpretationem extensivam, sed quod hic casus iterum sub verbis* §. 9. *comprehendatur. Qui enim alium cogit ad suam libidinem testari, is certe hoc ipso* prohibet eum, ne libere testetur.

R E S P O N S I O.

His collationibus, quæ multo plures ad sequentes positiones moventur, diutius immorari non libet, præsertim quia in posteriori prælectionum ad Institutiones editione, hanc Quæstionem copiosius executi sumus. Unde ad hæc & sequentia non difficilis responsio. Denique, si Thomasius omnia, quæ sunt ejusdem generis, & nobis quidem a causis Nov. 115. *expressis diversa videntur, velit iis includi, vix ulla nos inter discrepantia fuerit.*

N. A D D I T.

Ego vero in citato loco nihil deprehendo, cui non satisfieri possit per Scholia nostra ad Positiones Auctoris, hic pariter cum Scholiis omissas. Ergo apponamus, & judicium linquamus Lectori.

Posit. 16. *Quod proinde & tribus illis causis, propter quas frater aut soror, a fratre vel sorore potest exhæredari, statuere oportet,* (c) *aliogui non licebit respondere Viglio,* (d) *qui hoc argum. inprimis urget ad* §. ult. Inst. de Inoff. testam. in fin. *Tametsi ut omnibus occurratur scrupulis, longiori opus est oratione: diximus aliquid* in prælect. ad tit. Instit. de exhær. liber.

(c) Nec hoc admittimus, propter particulam taxativam *solum*, quæ est in *cap.* 47. *Nov.* 22.

(d) Qui quidem jam non est ad manus. Sed videtur tamen stare pro nostra sententia, per ea, quæ auctor habet *in prælect. d. l.*

17. *Una superest ratio, cui occurrere sit operæ pretium, petita a frequenti regula, quod in his, in quibus specialis sanctio legis requiritur, nulla similitudo vel consequentia admittatur.* vid. *Wissenbach.* disp. 39. thes. 17. part. 1. ad Pandect. (e) *Sed causæ exhæredationis hodie sine dubio ex speciali lege proficiscuntur.*

(e) Et omnino ad *h. t. th.* 11. ubi expresse nobiscum sentit, cujus adeo opinionem eo magis contra auctorem amplectimur, quod ea confirmata sit *per decis. noviss.* 22. Adde Finkelth. *observ.* 99.

18. *Responde, distinguendo,* (f) *utrum lex de casu uno certo & limitato, an de certis causarum generibus, sub quibus multi ac indefiniti casus contineantur, agat, ut in his causis: In priori facile omnis consequentia præcidi potest, in posteriori non æque.*

(f) Sed hæc distinctio litem non tollet. Nam loquitur sane Novella 115. c. 3. & 4. de casibus certis & limitatis; & deinde non omnem consequentiam præcidere volumus, sed illam saltem, quæ propria est interpretationi extensivæ, non eam, qua nititur interpretatio comprehensiva, vel declarativa, ut ab aliis vocatur, quas duas interpretationum species Auctor miscuisse videtur.

19. *Præterea interesse videtur, utrum Legis sanctio, moralibus personarum meritis nitatur, an ratione mere* positiva; *si hac, tum nihil mirum est, casum, quem Lex omittit, sub eo, quem ponit, non comprehendi. Sed ubi lex ejusmodi meritis movetur, valde durum est,* (g) *non producere legem ad eos casus, quibus merita illa prægnantiora sunt.*

(g) Imo

(g) Imo non est, quia legislatoris arbitrio regulariter pœnarum determinatio & exasperatio est relicta.

20. *Praeterea, quae ad haec causarum genera pertinent, separanda sunt ab his, quae ad internam exhaeredationis perfectionem requiruntur: nam quod ad haec, imperfecta exhaeredatio* (h) *pro praeteritione habetur & facit nullitatem*, §.12. I. de Hær. ab intest. *verum omissio ejus*, (i) *quod ad justitiam causae pertinet, non tollit essentiam effectumque exhaeredationis, sed querelam adhuc requirit.* (k) *ut patet* ex Nov. 115. c. 3. *dix. ad tit. I.* de inoff. testam. n. pen.

(h) Quando nimirum non observantur requisita posit. 2. & 3.

(i) Id est omissio causarum in Novella 115. expositarum.

(k) Et hoc negavimus *ad d. n. penult.* ac passim.

21. *Quid autem, an ex hac sententia non sequitur, praeceptum Justiniani de causis testamento inferendis, impune posse negligi, nihilque interesse, utrum exprimatur causa, vel non, siquidem utroque casu querela locum inveniat?*

22. *Minime vero. Cum enim causa exprimitur, heres ad probandam eam causam admittitur, eaque probata, exhaeredatio habet effectum cum exclusione exhaeredati; sed omissa causa, exhaeredatus querelam necessario obtinebit, ejusque praesidio testamentum expugnabit.*

23. *Nec propterea inanis argutia dicenda est, quod testamentum illud nunquam habeat effectum, neque tamen sit nullum. Quippe si dicamus*, (l) *exhaeredationem sine causa expressa testamentum facere ipso jure nullum, sequitur, quod & liberi emancipati, quique nunquam in potestate fuerunt, testamentum perinde nullum dicant, si tacitam ob causam sint exhaeredati; quod & posthumi exhaeredati testamentum agnoscendo rumpant, quia cum causa nullo modo exhaeredari possunt, aliaque plura inde sequentur, fietque nimis magna strages* (m) *juris antiqui, sublata bonorum possessione contra tabulas, differentia suorum & emancipatorum quoad Institutionem, titulisque* ff. C. & Inst. *de inofficioso testamento, magna parte suffocatis.*

(l) At hæc non est responsio ad objectionem initio hujus positionis formata, sed nova objectio contra sententiam nostram.

(m) Non tamen cum damno, quia remedium nullitatis est longe pinguius, quam ista remedia antiqua.

24. *Quod profecto nimis est gravis praejudicii, si statuamus, Justinianum, qui nunquam* (n) *jus vetus, nisi cum multa praefatione & ostentatione prudentiae suae abrogat, tot tamque praecipua Juris capita, una consequentia silentioque abolevisse.*

(n) Esset hæc conjectura alicujus momenti, nisi eadem Auctoris opinioni obstaret. Etiamsi enim ponas *Novell.* 115. *c.* 3. & 4. loqui de querela inofficiosi, tamen, ut alia taceam, illud novum erit, quod non liceat ex alia causa, quam quæ ibi exprimuntur, filium exhæredare, cum ante hanc Justiniani constitutionem, forte etiam exhæredatio sustenta fuerit, si facta sit ob homicidium, blasphemiam, & alia delicta filiorum. Deinde quid opus est conjecturis, cum Justiniani verba, *non licere penitus &c.* satis enixe voluntatem ejus, novum aliquid constituere intendentem, declarent?

25. *Idem de praeteritione matris avique materni, judicium esto. Habetur illa pro exhaeredatione*, §. ult. Inst. de exhæred. lib. *nec id usquam mutatum* (o) *videmus; At cum sine causa semper fiat praeteritio, liberi necessario per querelam hoc casu vincunt.*

(o) Est mutatum in *d. c.* 3. *N.* 115.

26. *Enimvero vix intelligo eorum mentem, qui praeteritionem maternam adhuc pro exhaeredatione haberi fatentur, at ubi sine causae expressione fit, hoc casu testamentum ipso jure nullum esse volunt, ut communis Dd. opinio exponitur a Sandio* (p) lib. 4. tit. 2. def. 2. *a qua recte dissentit.*

(p) Non tamen a nobis. Nec a Sandio, si eum accurate intuearis, ut adeo supervacua sit disputatio & hujus & sequentis positionis. Expositionem verborum Sandii, nostrum institutum jam non admittit.

27. *Utique praeteritio cum per silentium fiat, non potest non fieri sine expressione causae, nisi multum fallor; ideoque ex Juris ratione testamentum, in quo avus vel avia nepotes praeterierunt, per querelam expugnandum, ac ita successio ab intestato petenda est; verum in foro directe petitio haereditatis ab intestato admittitur, ut Sandius ibidem testatur.*

RepeRiuntur etiam ea, quae diximus in novis additionibus ad Instit. de exhæred. liberorum & de inoffic. testam.

3. Plenius eandem materiam ad *tit. de inofficioso testamento Inst. & D.* prosecuti sumus, ubi

abi inter alia quæsitum est, an fratri aut sorori detur querela, si spurius sit hæres institutus, quasi turpis aut levis notæ macula adspersa persona, secundum. *l. 27. C. de inoff. testam.* Operæ pretium est monere, talem speciem decisam esse nuper apud Curiam nostram. Titius instituerat Cajam hæredem spuriam ignoti Patris, cum sorore legitime nata. Testatoris sorores movebant querelam, sed repulsam tulerunt, *ante ferias Natal.* 1688. judicio appellationis, postquam a Scabinis Leovardiensibus eodem modo priore instantia definita erat, in *causa Nicolai Henrici nom. Ux. cum soc. contra Henricum Schol. in qual.*

4. (b) Retulimus in posit. & hanc quæstiunculam. Si pater cum filio exhæredato reconciliatus sit, eumque in gratiam plenissime receperit, an maneat exhæredatio. Manebit, hactenus ut testamentum eo quasi præterito non sit nullum: Sed filius querelam instituet, exceptionemque ingratitudinis per replicationem reconciliationis elidet, per *l. 5. C. fam. ercisc.*

S C H O L I U M.

Mallem & hic contrarium defendere, arg. d. l. 23. de lib. & posthum. *Nam ad* l. 5. C. fam. ercisc. *responderi potest; a remissione vindictæ & inferendi mali, ad positionem faciendi beneficii, non valere consequentiam. Citius enim animus reconciliatus a mali illatione abstinet, quam ad beneficia exhibenda pronus est.*

Opp. *l. 23. de lib. & posth.* Pater filium exhæredatum, emancipatum rursus arrogavit, eique tamen nocet prior exhæredatio. Resp. Arrogatio illa non valet; tu *instas*, non quidem ad effectum Patriæ Potestatis, bene tamen ad argumentum animi reconciliati, vult enim Pater eum habere pro filio. Resp. Arrogatio non semper est indicium benevolentiæ; potest ob alias fieri causas, velut conditionis implendæ gratia.

S C H O L I U M.

Arripio hoc, erit tamen plerumque, ac propterea etiam de tali casu, ubi arrogatio ex capite benevolentiæ facta fuerat, intelligendus erit JCtus.

RESPONSIO ad utrumque Scholium.

Fulmen exhæredationis, quod paulo minus est quam condemnatio ad esuriem & mortem, non potest voluntati paternæ post reconciliationem amplius adscribi, & propterea non fert ratio, ut in d. l. 23. *reconciliatio gratiæ & amoris interposita dicatur. Sed arrogationem ex alia causa, quemadmodum fieri potest, oportet esse factam, etsi plerumque secus se res habeat.*

N. A D D I T.

Duo hic excipimus. Falsum est, condemnationem exhæreditionis paulo minus esse, quam condemnationem ad esuriem & mortem. Quid si enim filius jam adultus sit, (ut regulariter in his contingit, qui secundum Jus Novellarum ex certis ingratitudinis causis possunt exhæredari) & labore suo ac industria se sustentet? Quid si Pater nihil reliquerit? Secundo, quod JCtus non supponat casum specialem de arrogatione citra affectionem amoris facta, sed loquatur de arrogatione filii in genere, quam ipse auctor fatetur plerumque fieri ex affectione, docet integer legis contextus. Ait Papinianus. Filio, quem pater post emancipationem a se factum iterum arrogavit, exhæredationem antea scriptam nocere, dixi. Nam in omni fere jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturæ veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, sed redditus videretur: nec multum puto referre, quod ad propositam attinet, quod loco nepotis filium exhæredatum pater adrogavit.

5. Superest collatio aliqua cum moribus; Jure civili, etiam novissimo, cautum est, ut si filius aut filiafamilias, nec hæres institutus neque exhæredatus aut exhæredata sit, testamentum sit ipso jure nullum; emancipati liberi per ejusmodi silentium præteriti, habent bonorum possessionem contra tabulas; exhæredati, movent querelam inofficiosi testamenti, §. 5. *& sequ. Inst. de Liber. ex hæred.* ut latius probatum est *ad d. tit. & ad tit. ff. Inoff. Testam.* Priores non egent remedio actionis aut rescissionis, nam quod nullum est, τὸ μὴ ὄν, non capit terminos habiles rescissionis, verum posteriores actu judiciali infirmare debent testamentum per petitionem bonorum possessionis, aut querelam inofficiosi. Priores inquam, recta via petere possunt hæreditatem, de qua testamento nullo aliter dispositum erat, posteriores non prius, quam resciderint tabulas testamenti. *dd. ll.* Sand. *lib. 4. decis. tit.* 1. *def.* 2. Sed ut vix nullitatis, quæ Jure Latino præscriptæ sunt, moribus hodiernis exiguum habent usum; ita in hac specie plerisque locis Europæ cessat nullitas; eo quod jus Suitatis, unde filiifamiliarum præteriti, testamenta simplici-

(b) *Pos.* 8. *&* 9.

pliciter nulla dicunt, passim fere sublatum est: Ideoque liberi utriusque sexus, tam emancipati quam sui, præteriti atque exhæredati, Testamentum, in quo male habiti vel neglecti sunt, promiscue per Querelam Inofficiosi expugnant. Grot. *Introd. Jur. Hol. p.* 18. *n.* 11. 12. 13. Gudelin. *de jur. noviss. l.* 2. *c.* 5. *vers. posterior. in fin.* Autumn. *Confer. in Auth. novissima. C. de In ff. testam.* Groenew. *in pr. ad h. tit.* Sed in Frisia, locisque aliis juris scripti, ut effectus patriæ potestatis omnes pene maneant integri & usitati sunt, ita hac parte nihil de re civili mutatum agnoscimus; sed liberi in potestate constituti, testamenta parentum, in quibus sunt præteriti, pro nullis habent, & talia dicunt. Sand. *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 1. & 2.

6. Sed, cum res & constitutiones Civiles effectis æstimentur, quæri debet, an hoc discrimen conspicua quædam vestigia fori habeat. In promptu est id adfirmare; nam cujus favore testamentum est ipso jure nullum, is immediate potest hæreditatem petere, cum reliquis in antecessum opus sit rescisso testamento, sicut *antea* diximus. Sed an non hæc discrepantia magis in verbis, quam in re consistere videtur? Nam *dicere nullum* testamentum, æque in judicio fieri debet ac *rescindere* ibi fiat; declaratio enim judicis super nullitate, & in eum finem judicialis instantia, est necessaria in foro; nec adeo multum refert ad compendium adipiscendi bona, quo genere actionis experiaris. Nam etsi *nullum dicere*, forte non sit actio, est tamen judiciale remedium, quod in foro ad instar actionis redigitur. Denique, sicut is, qui nullum dicit, simul petere potest hæreditatem; ita & is qui habet querelam, in effectu idem facere potest; siquidem in una eademque conclusione peti potest rescissio testamenti, & hæredis declaratio, hæreditatisque restitutio, ut omni die videmus. Quid igitur in summa refert, utrum subtilitate juris nullum esse dicam testamentum, an, quod praxis alibi vult, per querelam rescindatur?

7. Sunt tamen effectus differentiæ notabiles: Nam in querela disputatio ingratitudinis vertitur, quæ facti circumstantiis intricatior est, nullitatis vitia plerumque palpabilia sunt. Querela solam hæredis institutionem rescindit, reliquis testamenti capitibus salvis. *Nov.* 115. *c.* 3. §. 13. *vers. sed hac quoque.* & §. *ult.* Testamento nullo, cuncta labuntur, ne legatis quidem fideique commissis valentibus. *l.* 4. *C. de lib. præt. pr. L. de Exhæred. lib.* * Denique Inofficiosi querela quinquennio finitur. *l.* 8. §. 17. *ff. de Inoff. testam.* Nullitatis remedia nullis in jure spatiis circumscripta leguntur, nisi longissimi temporis. *l.* 3. & *l.* 7. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.* Amplius, ante rescissionem per querelam, Testamentum valet; ubi nullitas arguitur, perinde habetur, ac si inde ab initio nihil dictum, factum esset; hæc enim toto jure notissima *τοῦ rescindi* & *nullum esse* constat esse differentia. Hinc duobus testamentis factis, si posterius sit ipso jure nullum, prius valet, hæredesque in eo scripti hæreditate potiuntur, *l.* 16. §. 1. *ff. de vulg. & pup. subst.* quod si posterius querela rescissum fuerit, prius testamentum non valet, sed testator ad causam intestati redigitur. *l.* 6. §. 1. *de Inoff. testam.* Usum & exemplum vide apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 1.

8. Præteritionem matris aviquе materni, pro exhæredatione haberi, notum est ex §. *ult. Inst. h. tit.* sed quærit Sandius *l.* 4. *tit.* 2. *def.* 2. *vers. illud exemplum est.* Si avia nepotem præterierit, nulla certa causa expressa, utrum querelæ tum locus sit, an vero testamentum sit nullum. Plures utriusque sententiæ Auctores laudat Sandius, Curiæque sententiam refert pro nullitate, tametsi ipse in diversam partem inclinare videatur, *verb. multi probabiliter disputant.* Sed revera Auctores illi non agitant controversiam de præteritione matris avique materni; sed de ipsa exhæredatione, quam Justinianus in *Nov.* 115. *c* 3. vult fieri cum expressione certæ causæ, qua omissa, existimant multi, exhæredationem utpote contra legem factam, esse nullam. *arg. l.* 5. *C. de LL.* At in præteritione videtur hæc quæstio carere terminis habilibus; nam præteritio per silentium committitur, ut passim videas; *silentio præterierit*, ut est in *pr. Inst. de Exhæred. lib.* Idcirco abs re videtur, in præteritione velle requirere certarum causarum expressionem, quæ exhæredationi tantum conveniat. Auctores etiam, quos Sandius citat, quæstionem illam de exhæredatione sola tractant, inquam, & præteritionem maternam ei per consequentiam annectunt; hoc modo: Qui sentiunt, exhæredationem sine causa factam, querela excipiendam esse, statuunt idem de præteritione materna simpliciter; Qui volunt, testamentum exhæredatione sine causa nullum fieri

* Sunt tamen multi Dd in ea sententia, testamentum ob non rite factam exhæredationem nullum, non corruere, nisi quoad solam hæredis institutionem. v. Stryck. *Us. Mod. D.* §. 2. *h.*

fieri, statuunt idem de præteritione matris: nec applicant ei discrimen expressæ vel non expressæ causæ.

Summa igitur huc redit; Vera juris civilis sententia est, exhæredationem a Patre, vel præteritionem a matre factam, locum facere querelæ inofficiosi, quæ per *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. minime est abolita, cum passim infirmationis, rescissionis, evacuationis, quæ verba nullitati non conveniunt, meminerit. Verum si causa non sit expressa, quod in præteritione semper fit, rescissio cum effectu indistincte procedit, ex novissima Justiniani Lege *d. Nov. c.* 3. *in pr.* Adjecta causa, de veritate ejus & probatione quæritur, ac inde pendet successus querelæ, quam alii Doctores hoc solo casu usum habere volunt.

Horum sententia in Foro, quin & in Curia nostra, prævaluit olim, infinitisque judiciis approbata est: consequenter, exhæredatione sine certa causa facta, testamentum erit ipso jure nullum; jure, quod in foro valet, idem fit in causa præteritionis; causa expressa, querelæ judicio locus est, scilicet in casu exhæredationis; in præteritione vix est, ut expressio causarum peti possit.

9. Emancipati præteriti, habent bonorum possessionem contra tabulas jure prætorio. §. 3. *I. h. t.* quam nulla fere pars Europæ agnoscit, bonorum possessionibus dudum in usu detritis, toto jure prætorio cum jure civili in unum confuso, testibus omnium Gentium, quos citant Vinnius *ad tit. Inst. de bonor. poss.* & Voetius *ibid.* & *ad fin. hujus tit.*

Imo non desunt, qui jure civili novissimo, discrimen hoc inter suos & emancipatos sublatum esse putant, auctore summo viro Cujacio *in not. ad Ulpian. tit.* 10. quem & ratio non spernenda movet: eo quod emancipatio non sit hodie capitis diminutio, quod nos etiam probavimus *lib.* 3. *Digress. cap.* 6. Sed res inde non pendet, verum a suitate, quæ oritur è patria potestate. *pr. Inst. h. t.* & §. 2. *Inst. de Hæred. qual. & diff.* Atqui hoc respectu differentia emancipatorum a liberis, qui in potestate sunt, etiamnum manet; et si enim emancipatio maxime non sit capitis diminutio, sine dubio tamen est modus solvendi patriam potestatem. Rectius igitur plerique alii, discrimen hoc præteritionis hodieque tenent, quos inter Perez. *ad tit. C. de lib. præt. n.* 4.

Sed quia toto jure civili, expresse non abolito, utimur in Frisia, dubitet aliquis, an apud nos æque ac alibi bonorum possessiones sint abolitæ. Esse abolitas, probant hæ rationes: I. Bonorum possessio est jurisdictionis Prætoriæ, quæ apud Romanos a jure civili more ac ratione discrepabat; hodie nulla ejusmodi differentia superest, ut omni Europa, ita nec apud nos. II. Quod Vinnius scribit ad §. *ult. I. de bon. poss. In his regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed utimur tantum aditione sive agnitione hæreditatis civili.* Atque apud nos visum iri plerisque, nullus dubito; nec adeo dubitabunt adfirmare, qui in foro versantur, id nec aliter in judiciis nostris servari, bonorum possessiones usu constanti, in & cum hæreditatibus esse resolutas. III. Videtur & in Statutis aliquid esse, quod huc pertineat, *lib.* 1. *tit.* 17. *artic.* 3. ubi *hæredibus datur facultas, occupandi hæreditates, in quas successerunt, non expectata judiciali immissione in possessionem illorum bonorum.* Atqui bonorum possessiones, etsi per legem Constantini solennitatibus antiquis exemptæ sint, judicis tamen aditionem & auctoritatem hodieque requirunt, *l. ult. C. Qui admitt. ad bon. poss.* cujusmodi judicis interventus, & hoc statuto tollitur, & plane ab usu nostro remotus esse videtur. Porro si abrogata sit bonorum possessio contra tabulas, nihil reliquum est pro liberis emancipatis præteritis, quam ut Testamentum dicant nullum, ac ita discrimen suorum & emancipatorum hac etiam parte sit sublatum.

10. Sequitur de quasi-Posthumis, hoc est, de nepotibus, qui post mortem patrum existentium adhuc in propriorum patrum potestate, loco *suorum* Avis agnascebantur, ut habes *in* §. 2. *Inst. h. t.* hoc nostris moribus, æque ac alibi, abolitum esse, certum est, quia nititur hæc Agnatio posthumorum eo fundamento, quod patria potestas etiam post nuptias liberorum durabat: At cum Jure nostro, liberi, nuptiis rite contractis, exeant e patria potestate, *suique* esse desinant, sequitur, nepotes nunquam suos fieri posse respectu avorum, cum sint in potestate genitorum; sicut Romanis legibus nepotes e liberis emancipatis non reci debant in avorum potestatem. §. *penult. Inst. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

11. (c) Dicendum quoque de veris posthumis. Hi exhæredati habent querelam, §. 2. *in fin. Inst. de Inoff. test.* præteriti a patribus

(c) *Pos.* 3. *tit. seq.*

bus rumpunt testamentum agnascendo, §. 1. *Inst. h. t.* a matre avoque materno præteriti, queruntur etiam de Inofficioso §. *ult. ejusd. tit.* Hæc alibi forte gentium negliguntur, apud nos haud perinde; nisi quod de præteritione superius dictum est, *eam testamentum indistincte facere nullum*, hoc in posthumis secus se habere; Nam testamentum, in quo posthumus, sive filius necdum natus, (in filiabus idem juris esse, notum ex §. 5. *h. t.*) silentio præteritus est, ab initio valet, neque rumpitur, nisi postquam filius lucem salutaverit, quo eventu existente, testamentum sine ullo actu judiciali, contra quam in casu Querelæ, evanescit & vitiatur, ac si inde ab eo tempore nullum esset. §. 1. *Inst. Quib. mod. testam. infirm.* Posthumo igitur in partu, vel abortu pereunte, manet validum, sicut erat, testamentum, secus ac in casu nullitatis accidit; imo si vivo testatore posthumus non vivax, iterum expiraverit, jure prætorio convalescit, & vim suam recuperat testamentum. *l. 12. de Injust. rupt. testam.* Testatore vero mortuo natus, licet illico decesserit, nihilominus ruptum manet testamentum, *l. 2. C. de Posth. hered. inst* etsi ne vocem quidem emiserit. *l. pen. eod. tit.* Exceptionem intelligas esse in *l. 3. C. de Inoff. testam.* Quod autem superius dictum est, Agnatione posthumi posthumæve testamentum ita rumpi, ut sine ullo actu judiciali jus ejus vitietur, id ita capiendum est, sicut ante dictum de nullitate; Vi legis testamentum per se ac immediate exinanitur habeturque pro eo quasi non esset; effectum tamen in foro posthumus contra scriptum hæredem invitum, adeoque possessionem hæreditatis, sine judicis officio ejusque imploratione, non potest obtinere, quod res ipsa per se loquitur.

12. Adoptivi liberi hac in parte singulari jure gaudent, quod exponitur *in* §. 4. & §. 5. *in fin. I. d. t.* & §. 14. *Inst. de Success. ab int.* Adrogati omnes & adoptati ab aliquo adscendentium, eodem modo sunt exhæredandi vel instituendi, quo liberi naturales; adeoque præteriti jure nullitatis utuntur, sed ab aliis, qui hoc loco *extranei* dicuntur, adoptati, impune silentio præteriri possunt. Usus differentiæ pendet ab usu vel inusu adoptionis; quam plerisque locis exolevisse, apud nos rarius quidem usurpari, minime tamen abrogatam esse, diximus ad *tit. I. de Adoption. in fin.*

T I T. III.

De Injusto, Rumpto, irrito facto Testamento.

I. Collatio modorum infirmandi testam. cum Moribus. II. An testamentum posterius non tollat hodieque prius ipso Iure. III. Utrum secus obtineat, si in posteriori sit hæres ex re certa. IV. An, cum duo pariter fecere testamentum, possit impediri, quominus alter mutet voluntatem. V. De vi clausulæ Derogatoriæ in futurum. VI. An adhuc capitis diminutione Testamenta infirmentur.

(a) HUjus Rubricæ expositionem dedimus *ad tit. Inst. Quib. mod. testam. infirm. p.* 204. Ut heic nihil quam collatio cum usu hodierno supersit. Infirmantur testamenta vel inde ab initio, vel ex postfacto. Ab initio, per præteritionem liberorum qui in potestate sunt, & omissionem solennitatum. Ex postfacto infirmantur jure prætorio, vel jure civili. Ex prætorio datur bonorum possessio contra tabulas, quam tamen moribus hodiernis abolitam esse, pluribus approbatum est *ad tit. præced.* Jure civili Testamenta rumpuntur, irrita fiunt, destituuntur, aut rescinduntur, *t. h. tit.* Rumpuntur agnatione sui hæredis, & posteriori testamento æque perfecto. Agnatio est vera, vel quasi talis. Vera, cum testatori posthumus agnascitur, qui in potestate sit, atque hanc speciem hodieque esse cognitam, æque *superiori tit.* probatum est. Quasi-agnationis variæ sunt species, §. 2. *I. de ex h. lib.* cum nepos avo in locum patris fit suus hæres; quod hodie non fieri, nec perinde hac ratione vitiari testamentum, monuimus *ibidem.* Altera, cum testator filium adrogavit, vel adscendens adoptavit; §. 1. *I. h. t.* Tertia, cum testator post factum testamentum naturalem filium legitimavit. *d.* §. 1. Has species posse quidem usum hodieque habere, sed raro usu venire, similiter antea *suis locis* docuimus.

2. De ruptione, quæ fit per posterius testamentum æque perfectum, plura dicenda erunt. Posi-

(a) *Pos.* 1.

Positio Cæsaris est; Posterius testamentum rumpit prius, ipso jure, licet non revocetur. §. 2. *in pr. l. h. t. l. 27. C. de testam.* Contra *moribus hodiernis Testamentum posterius non rumpit prius ipso jure, verum ut prius sit ruptum, posteriori subjicienda erit clausula revocatoria prioris, saltem generalis*, verba sunt D. P. Voetii *ad h. tit. n.* 2. citatis pluribus claris scriptoribus pragmaticis; addito, videlicet, si posterius testamentum revocatoria clausula destitutum, contraria tamen priori testamento contineat, hactenus quoque tolli prius testamentum, etsi non adsit formula revocandi. Quidquid de moribus quarundam Gentium sit, nihil causæ video, cur hic articulus juris Romani apud eos, qui jure civili utuntur, sublatus videri debeat. Sandius utique regulam hanc juris notissimam esse, tradit in *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 10. quanquam auctoritas ejus hic supervacua est, in re, de qua neminem in foro nostro dubitare scio; cum & ratio, quæ juris Romani est, hodieque maneat, ab hæredis institutione petita, quæ cum universalis & infinita sit; nihil excludens, *l.* 24. *ff. de V. Signif. l.* 62. *de R. I.* merito ἀσύστατον videtur, ut duæ dispositiones infinitæ respectu ejusdem hominis earundemque rerum valere possint. Intelligendum hoc autem; quando testamentum posterius, jure solenni factum est, ex mente ipsius Justiniani in *d* §. 2. verbis, *posteriore testamento, quod jure perfectum est*, non de imperfecto clausula codicillari subnixo. Atque hinc arbitror, id apud alios universo usu invaluisse, ut nunquam ipso jure prius rumpatur per posterius, quia multi ita tervant, ut inter testamenta codicillosque nihil interesse putent.

3. Hinc illud observandum; In priori testamento hæres ex asse scriptus est, in posteriori hæres ex re vel rebus certis, superius tamen testamentum sublatum esse, docet Imperator *in* §. 3. quia scilicet, rei certæ mentio detrahitur & pro hærede ex asse habetur. *l.* 41. *in fin. de Vulg. & pup. subst.* Quia vero, sicut pridem monuimus, mores passim ita ferunt, ut rei certæ institutio valeat secundum literam, & reliqua bona ad hæredes ab intestato pertineant, ratio vult, ut eo casu posterius testamentum non tollat prius, nisi quod attinet ad res in secundo testamento expresse relictas, ut Groenewegius observat ad §. 3. *d. tit. Inst.* Apud nos, qui alioqui jus civile retinemus, idem juris sit oportet, quando vi clausulæ codicillaris efficitur, ut dispositio de rebus certis per modum fideicommissi obtineat, per ea, quæ ad *tit.* 1. *de Codicill. in fine* dicta sunt.

4. Quid juris sit hac parte, cum duo pariter iisdem tabulis fecere testamentum; diximus *ad prædict. tit. n.* 3. *pag.* 206. ubi laudat hac parte D. Voetius *ad* §. 3. *d. tit.* ut communem jurique magis convenientem sententiam, quæ a nobis *d. n.* 3. collocata est, posse alterum ignaro altero, mutare pro sua parte testamentum communi voluntate conditum.

Sed addit exceptionem, *nisi communi testamento adjecta fuerit clausula de non revocando, nisi conjunctim, & non aliter*; mihi ne hæc quidem exceptio admittenda videtur. Obstat enim & huic regula, quod nemo sibi ipsi possit adimere facultatem testandi mutandique voluntatem, etsi per jusjurandum, Peck. *de testam. conjug. c.* 43. *in pr.* sive autem hac limitatione, *nisi conjunctim*, sive simpliciter, ratio respectu hujus regulæ est eadem. Neque vero majorem vim a conventione testantium adipisci potest, quia talis consensio repugnat naturæ testamenti atque unitati contextus, ut sæpius expositum est.

Quia tamen hæc res inter conjuges amicosque tam fallaciter administrata, deformem habet adspectum, maxime, si utilitas liberorum communium aliarumve necessitudinum vertatur; solliciti sunt Doctores de remediis, quibus adsequi possint, ne alter altero invito, a communi testamento recedere possit.

Peckius in *lib.* 1. *de Testam. conjug. cap.* 43. *n.* 5. proponit hanc rationem, ut singuli conjuges cum alterius consensu non tantum de suis, sed & de ipsius bonis (alterius qui consentiat) testentur: *Tunc enim dispositio*, inquit, *etsi revocabilis sit ex parte testantis, tamen ex parte consentientis transit in contractum & est irrevocabilis*. Putat autem ejusmodi contractum posse inferri testamento, quoniam initus est super eo, quod ad testamentum pertinet, ut differit *num.* 7.

Enimvero talem contractum non vitiare testamentum, concedi potest, verum ut solennis ejusmodi conventio ineatur in testamento, ac inde nascatur actio e contractu, sicut debebat, inauditum neque ferendum videtur, ut jus ultimarum voluntatum actuumque inter vivos eo modo confundatur, qua de re diximus in *tit. Inst. de Testam. ordin.* Proinde ejusmodi contractus ipsi testamento insertus, non erit contractus, sed adseveratio solius testantis, quæ

quæ licet jurata, nihil tamen juris tribuit alteri, sed ad solius adfirmantis conscientiam pertinet. Ideoque si tamen revocetur ejusmodi testamentum, nemo contendere potest, jus ex eo quæsitum sibi esse ademptum; viventis enim nulla fuit hæreditas aut testamentum. *l. 1. ff. de Hæred. vel act. vend.* Vix est igitur, ut hoc aliter quam extra testam. de rebus certis locum habere possit, a quo neque Peckius videtur alienus.

Quid si ante vel post testamentum factum, ineatur pactum inter conjuges de non mutando testamento, vel quo alter alteri det potestatem de suis bonis disponendi, hoccene valebit? Videbatur posse valere, quia tum cessat ratio superior, quæ vetat in ipso testamento celebrari contractum; item quæ dicit, nulli jus adquiri ex adseveratione solius testatoris. Nam si loca juris, quibus traditum est, neminem posse sibi ipsi adimere potestatem testandi, inspicias, hoc fundamento ea niti videbis, quia non potest fieri, ut aliquis sibi legem ponat ipse, quam servare cogatur; quo enim jure posuit legem, eodem rursus eam tollere potest. Cogendi facultas ab alio proficisci debet, qui hic non intervenit. Ita est in *l. 22. ff. de legat. 3. l. 6. §. 2. ff. de jur. Codicill. l. 7. §. 8. ff. de donat. int. vir. & ux.*

Proinde, cum in conventione inita extra testamentum alius alii devinciatur, hoc vinculo necessitas contineri videbitur, quia nimirum, ex quo semel consensus additus est, locum non habet contradictio, seu recantatio, ait Peckius ex *l. sicut. 5. C. de O. & A.* Nec obstare textus citatos, cum loquantur, inquam, de lege, quam sibi quisque suo solius arbitrio dixerit, non de lege duorum voluntate contracta.

Verius tamen videtur, non obstante tali pacto, testamentum posterius factum valere; quia contractus & ultimæ voluntates sunt res ita separatæ, ut hæ per illos impediri non debeant, neque possint, adeo ut ne quidem pactis dotalibus de futura successione, testamenti factio cuiquam adimatur, *l. 15. C. de Pact.* nec conventio de reciproca successione valere dicatur in *l. 19. C. eod.* Quid autem est aliud hujusmodi pactum de non mutando testamento, quod alter in alterius favorem, vel utrique mutua gratia fecerint, quam Conventio, *ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiatur*, quod prohibitum est *d. l. 19.*? (1)

Atque hæc sine dubio secundum juris civilis rationem, nisi fallor, apud nos servabuntur. Sand. *lib. 2. tit. 2. def. 7.* ubi, *Pactis hæreditas non datur &c.* Sed de Pontificis rescripto quid dicemus, qui in *cap. cum tibi. XIII. de Testam.* sic ait; *qui in extremam voluntatem alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus?* His verbis non indicatur pactum, quo alteri fiat potestas de nostris bonis disponendi, sed accipienda sunt de testamentaria declaratione, qua testator alteri dat potestatem sibi hæredem constituendi, vel de suis bonis disponendi; quod nec jure civili prohibitum videtur. Quid enim hoc aliud est, quam institutio hæredis incerti & postea nominandi? Quemadmodum si testator in testamento dicat: quem codicillis nominavero, is hæres esto, *l. 77. ff. de hæred. instit. l. 10. ff. de condit. inst.* non est tunc hæres institutus, nec tamen intestatus moritur paterfamilias, sed exitus docebit, utrum sit testatus an intestatus, prout hæres vel in codicillo dictus reperietur, vel desiderabitur. Eodem modo, si is, cujus voluntati nominationem hæredis testator permiserit, eam deinceps expresserit, inde ab initio testatus fuisse videbitur is, de cujus bonis agitur, alioqui intestatus. (2) Huc igitur omnia redeunt; quoties duo testatores in iisdem tabulis voluntates suas condunt, esse duo testamenta, quorum ut alterum inde ab initio valere & alterum non valere potest, ita quoque postea, singuli voluntatem suam mutare possunt, non modo superstes post obitum alterius, sed etiam alter, altero vivente & ignorante. Quæ res adeo Curiæ nostræ indubitata visa est, ut cum duo conjuges bina reciproca testamenta fecissent, ac mulier sola posterius conscidisset, priore salvo, vir tamen ne quidem ex priore testamento, ut rupto, ad hæreditatem admissus sit, quod & in aliam quæ-

(1) *Confer hic D. Stockmans* decis. 20.

(2) *Sed testamentaria declaratio, qua testator alteri dat facultatem sibi hæredem constituendi, vitiosa est, & jure civili improbata*. l. 32. pr. ff. de hæred. instit. *Et aliud esse hæredem postea nominandum vel in codicillis scribendum instituere, satis constat, cum in hoc casu inveniatur dispositio testatoris relative ad aliud, in illo vero tota dispositio alieno arbitrio sit permissa. Rescriptum Pontificis* in cap. 13. X de testam. *ad Episcopum Altissiodorensem* (*qui ex indulto Pontificio ordinationem rerum Clericorum ab intestato decedentium liberè in sua potestate & dispositione habebat*) *non de bonis Clericorum* patrimonialibus *intelligi debet, sed unice ad* adquæstus ecclesiasticos *pertinet, de quibus Clerici tantum* pro *anima disponere poterant, quam dispositionem* pro anima *in alterius voluntatem conferri posse, rescribit Pontifex, ut, tertius determinet, in quam piam causam bona sint eroganda.*

quæstionem incidit, quæ ad *tit. sequ.* occurret, *in causa Nicolai Wiggeri contra Gerryt Jans d.* 16. Jul. 1638. apud Nautam.

Quid vero tandem, si pœnam ab se invicem stipulentur extra testamentum, hoc modo, *si testamentum mutaveris, mille aureos mihi heredibusve meis dare spondes? Spondeo.* Nunquid adeo derogatio voluntatis improbi moris videbitur, ut hæc rei illicitæ stipulatio dicenda sit? Non putem; originalis enim ratio, quod illa derogatio non valeat, est, quia, si contra fiat, nemo est, qui ex priori contraria voluntate jus sibi vindicare possit; juri vero gentium bonisve moribus nihil adversi in hac re continetur. Imo pium honestumque videtur, ut conjuges amicique ultimarum voluntatum communionem ineuntes, se mutuo securos bonæ fidei reddant. Dicendum igitur, hujusmodi stipulationem efficere quidem non posse, quin testamentum postea conditum valeat, etsi convenerit, ne testamentum fieret, ut superius expositum est; sed quominus pœna pecuniaria in stipulationem deducta valeat hac gratia, nihil obstare videri, & dabitur actio: Manet igitur jure nostro, quod testamentum posterius rumpat prius, ipso jure, licet in posteriori non sit adjecta clausula derogationis, per quam prius aboletur.

5. Sed in foro nota est duplex clausula Derogativa; prima est ea, quam diximus, & quæ posteriori testamento inferitur; altera primo testamento adjicitur hoc animo, ut vim secuturi testamenti infringat; dicente Testatore, *si contingat, me posthac aliud condere testamentum, id jam nunc prædico atque declaro me nolle valere, sed hoc testamento defungi cupio.* Quæritur, an si postea novum conditum reperiatur, id valeat, an vitiosum sit vi derogationis præcedentis. Hac de re diximus ad *præd. tit. Inst.* Et tamen quia res magni usus & momenti est, placet paulo pressius agere.

Primo inter omnes constat, eam clausulam non adimere testatori liberam potestatem mutandi testamentum; Id enim juris auctoritati penitus adversum esse, jam comprobatum, & scriptum est in *l. 6. §. 2. ff. de Jur. Codic. l. 4. ff. de Alim. legat. l. 22. ff. de legat. 3.*

Sed hic ultimus textus dedit occasionem Doctorum scholæ, quam fori nostri praxis ut plurimum sequitur, statuendi, posterius testamentum non rumpere testamentum prius, in quo est superior clausula derogatoria, nisi in posteriori illud prius cum sua clausula diserte ac specialiter revocetur; sidque *invita Romana jurisprudentia retuctante ratione, & decisionibus Curiarum dissidentibus*, verba sunt D. Voetii *ad §. 3. Inst. Quib. mod. testam. inf.* Videamus, adeone ea traditio Doctorum toto cœlo aberret, ut nulla probabili occasione profluxerit ex jure Justiniani, quemadmodum pleraque eorum commenta e textibus rationibusve juris aliquando male perceptis derivata videmus.

Non est dubium, quin hæc opinio desumpta sit ex *l. 22. in pr. ff. de Legat. 3.* ubi sic est scriptum; *Si quis in principio testamenti adscripserit, cui bis legavero, semel deberi volo: postea eodem testamento vel codicillis sciens sæpe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur; Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat.*

Hactenus convenienter receptæ doctrinæ, voluntatem hominis ambulatoriam esse, prævalere semper ultimum arbitrium, etsi prædixerit testator, id se nolle valere; modo sciens volens postea secus disposuerit, ut heic ponitur, eademque ratio est in *l. ult. in pr. ff. de legat. 2.* Contra quam in *l. 14. de leg. 1.* ubi priora verba vim adimendi habere dicuntur, sed non additur, *scientem* postea bis legavisse.

At in *d. l. 22. princ.* sequuntur hæc verba; *sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis sibi pœnituisse, & voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.*

In his verbis manifeste continetur illa sententia Doctorum, derogationem anticipatam voluntatis secuturæ, hanc infirmare, nisi illa derogatio deinde specialiter revocata fuerit; posse revocari, manet extra controversiam; sola voluntatis quæstio est, an, cum testator prædixerit, se nolle valere, quod deinceps testabitur, & dein fecerit testamentum, hocce tum valeat; an fiat quod predixit, ut non valeat.

Momentum rei in hoc vertitur, utrum serio recesserit a priori voluntate, vel non, & unde liquere debeat, eum serio mutasse voluntatem priorem? Quod serio recessisse debeat, æque dubio caret. Id enim ex verbo *scientem* in *d. l. 22.* & ex collatione *d. l. 14. de legat. 1. & l. ult. in pr. de legat. 2.* satis apparet, & omnibus in confesso est. Proinde, si non mutaverit voluntatem testator, derogatio prior retinet abrogandi vim ac potestatem.

Superest, unde liquere debeat mutatio volun-

luntatis. Verba postrema *legis* 22. volunt, eam mutationem diserte in testamento exprimendam esse: Alii sufficere putant, si mutatio vel extrinsecus appareat, & e dictis factisque testatoris quibuslibet intelligi probarique possit.

Doctores pragmatici communiter secundum verba *d. l.* 22. concludunt, ut Sandius testatur *lib. 4. tit. 1. defin.* 10. *Communiter*, *ait*, *Doctoribus placuit clausulam derogatoriam insertam priori testamento, facere, ne valeat testamentum subsequens, nisi mentio facta sit prioris testamenti, illudque expressim revocetur; praesertim, si clausula derogatoria habeat aliquam specialem formam*, in quem usum affectant vulgo illi clausulae ferere nescio quos versiculos. & cavere, nisi isti versiculi postremo testamento inserti reperiantur, non debere posterius illud valere.

Quando tamen rationes expenduntur, quibus moti Doctores ita sentiunt, intelligimus, eas niti *praesumptione* juris, *quod secundum testamentum, in quo non sit illi clausulae sufficienter derogatum, ad suggestionem alterius confectum sit potius, quam ex voluntate Testatoris, qui hoc fecisse videtur, ut se liberaret ab importunis sollicitationibus, suasionibus, blanditiis, vel nimis eorum, quibus resistere non potuit*, ut ibidem Sandius.

Unde videtur dicendum, si aliunde quam e verbis testamenti, possit doceri, testatorem posterius testamentum omnino voluisse effectum habere, tum etiam cessare praesumptionem, & consequenter sustinendum esse posterius testamentum, licet in eo nulla sit mentio facta clausulae prioris derogatoriae.

Hoc etiam fundamento nititur id, quod Doctores volunt, si decennium sit elapsum inter prius testamentum, quod habet clausulam derogationis, & posterius, tum indistincte posterius effectum habere, quia post tantum temporis spatium credi debet, cessare causam, qua Testator motus fuerat, ad clausulam derogantem priori testamento adjungendam, ne videlicet ad testandum nolens volens adigeretur; praeter quod etiam tanto intervallo non potest statui, Testatorem adhuc meminisse clausulae, quam olim ultimae voluntati suae adjecerat. Grassus §. *testam. qu.* 89.

Huic interpretationi, quae media videtur, nihil obstat, nisi textus in *d. l.* 22. quae requirit specialem revocationem ipsi testamento insertam: Cujacius *lib.* 14. *observat. c.* 7. disputat haud de nihilo, verba illa postrema, quibus revocatio specialis inculcatur, non esse ab Hermogeniano auctore legis ejus, sed a Triboniano; quod equidem haud gravate concesserim, ἡ λαλιὰ γὰρ αὐτὸν δηλοῖ, sermo ipse loquitur, eam laciniam non esse tersi illius Hermogeniani, sed Graeculi semilatini.

Verum quid haec ratio diversitatis ad ipsum controversiae momentum inferat, non animadverto; siquidem Justinianus Pandectas singulaque capita, sicut ei a Triboniano oblata sunt, approbavit; legesque non Hermogeniani, Pauli, Ulpiani, aliorumque sunt Jureconsultorum, sed ipsius Justiniani, qui cuncta sua fecit, nominibus Auctorum solummodo praefixis, ut ne quid eorum laudi detraheretur. *Constit. Tanta* §. 1. & 10. Adeo ut observatio illa, quid a Triboniano interpolatum sit, quid non, philologica potius & historica sit, quam ut diversitatem definitionibus sententiarum juris inferre queat.

Videndum igitur, an ipsa lex, ὡς νῦν κεῖται, ut *jam posita* est, praecise requirat, ut clausula derogandi in sequenti testamento specialiter revocetur; quod non puto; quia non loquitur de duobus testamentis, sed de casu, quo testator in eodem testamento dixerat primo, cui bis legaret, huic semel praestitum iri; momento temporis non potest credi mutata voluntas, nisi expresse revocata sint verba derogatoria priora. Non est eadem ratio in diversis testamentis, verum ibi facilius praesumitur mutatio voluntatis ex alio atque alio testandi actu & interjecto temporis spatio.

Quare, cum hic textus aperte agat de clausula derogante secutaque voluntate contraria in iisdem testamenti tabulis, & nos agamus de pari specie facti, quod diversis testamentis evenerit, nihil obstat, quominus in nostro casu contenti simus jure communi, quod ita dictat; si quis legem sibi dixerit in futurum, eum ab hac lege posse recedere, modo novam voluntatem contrariam sciens volens condiderit, eaque mutatio voluntatis quovis modo probetur, ut Hermogenianus in *d. l.* 22. non interpolatus loquitur, & indicat *lex ult. pr. ff. de legat.* 2. *cum l.* 6. §. 2. *ff. de jur. Codic.*

Neque ab hoc intellectu sententiae illius, fori nostri observatio abludit; quatenus non absolute clausula derogatoria posterius testamentum, in quo revocata non est, infirmat, sed facti circumstantiae diligenter expenduntur;

tur; neque adhuc decisionis exemplum, quod audiverim, extat, ubi clausulæ vis in futurum adserta fuerit, in quo non aliunde probatum erat, semiplene saltem, testatorem ideo clausulam adjecisse, quod prævideret, se a conjuge aut ab aliis hominibus necessariis importune solicitatum iri, contra animi sui sententiam, quo modo exemplum illud a Sandio relatum se habuit, & rursus aliud, me apud Curiam agente, definitum inter *Joh. a Balk cum soc. contra Remerum Antonii d.* 13. *Decemb.* 1680. quod retuli in Jurispr. vernac. *part.* 1. *lib.* 2. *c.* 20. *n.* 31.

Memini quoque, ubi testamentum posterius approbatum fuit, etsi clausula derogatoria prior in eo non esset memorata, nedum revocata, sed probatum erat, idque non plene tamen, dixisse testatricem se nolle, ut priores hæredes successione sua potirentur, & præterea decennium, de quo ad *Inst.* a priore testamento, quod erat munitum derogativa clausula, elapsum erat; tametsi rursum codicillus, interea temporis priori testamento conformis fuerat compositus, *in causa Everardi Bornei &c. contra .... ab Hinkena cum soc. anno* 1669.

6. Sequebatur, quo pacto testamentum fiat irritum. Id accidit capitis diminutione maxima, media, minima. §. 4. *& seq. Inst. h. t.* Cum vero dictum sit pridem, capitis diminutiones abolitas esse moribus nostris, palam videtur, testamenta quoque non posse ex hoc capite irrita fieri. Est tamen ut ne absolute id affirmare liceat; videntur enim vestigia quædam capitis diminutionis etiamnum remansisse, apud nos sane, & omnium quidem specierum, quod hanc rem attineat.

Primo de minima diminutione capitis exemplum est, si quis adolescens sui juris facto testamento, dederit se arrogandum, hujus testamentum hodieque nostro jure fit irritum, quia filiusfam. non potest decedere cum testamento, ut probavimus *in tit. Quib. non est permiss. fac. testam.* & arrogationem non esse obsoletam probavimus *ad fin. tit. Inst. de Adoption.*

Maximam olim capitis damnati patiebantur, *l.* 29. *ff. de pœn.* hodie quidem servitus pœnæ, ita ut olim, nulla intelligitur, *Nov.* 22. *c.* 8. sed tamen capitis damnatos hodieque testamenti factionem amittere probavimus, * *ad tit. Inst. Quib. non lic. test. fac. sub fin.* An ergo & per sententiam testamenta corum pridem facta infirmantur? Ita jure antiquo sine dubio. *l.* 6. §. 5. *& seqq. ff. de injust. rupt. irr. test.* Et supra diximus, etsi rationes, quas propter damnati capitis, olim jure faciendi testamenta carebant, hodie cessent, ipso quoque jure Novellarum, scilicet publicatio bonorum & servitus pœnæ; tamen eandem prohibitionem in gratiam propinquorum adhuc continuari.

Consequenter, si in eum statum devenerit Testator, ut propter damnationem capitalem non possit facere testamentum, id quod antea fecit etiam interire necesse est, per *d.l.*6. § 5. *& seqq.* accedente eadem ratione, quam in non faciendo valere diximus, quod publicatio bonorum, *Nov.* 134. *c. ult.* remissa sit in gratiam proximorum, ut ad eos bona pervenirent, cum quo sine dubio libera testamenti factio non congruit.

Mediæ capitis diminutionis exemplum adhuc esse videtur, si quis hostis patriæ sit declaratus. *l.* 5. §. 1. *ff. de Cap. min.* Ideoque talis hominis testamentum antea factum perinde fit irritum. *d. l.*6. §. 5. *& seq. h. t.* Idem de proscripto, qui omnium ictibus expositus & per Edictum libere ab omnibus occidi permissus est, si hanc non potius ad maximam capitis diminutionem referamus, siquidem pro mortuo haberi videtur. De revocatione testamenti, nullo novo condito, prolixe disputatum est *ad d. tit. Inst. num.* 9. *& seqq.*

(b) Postremo placet addere duas observationes; prima hæc est; quanquam prius testamentum scriptum sine dubio rumpitur per posterius nuncupatum, §.2. *Inst. Quib. mod. testam. infirm.* si tamen in posteriore nuncupativo Princeps aut aliquis e potentioribus hæres sit dictus, non rumpitur prius. *l.* 20. *C. de Testam.* Magis ἀπροσδόκητον hoc est, quod Testamentum parentis inter liberos per posterius rumpi non potest, nisi solenniter factum & prius expresse revocatum sit, *Nov.* 107. *c.* 2. tametsi prius solenne per posterius jure privilegiato factum alioqui rumpatur. *l.* 2. *h. t. V. l.* 36. §. *ult. de Testam. mil.*

TIT.

(b) *Pos.* 4. *&* 5.

* At Jure Saxonum eis jus testandi non alienatum censeri, supra dixi *P. I. p.* 19 ob *p.* 1. *C. El.* 6. nisi bona scilicet fisco adjudicantur, *d. C.* 6. *So constituiren.* ibique Carpz. *def* 1. *sq.* In crimine tamen hæreseos, apostasiæ & veneficii testamenti factionem damnatis denegat Coler. *p.* 1. *dec.* 14. *n.* 6. *sq.* j. Richter. *dec.* 17. j. *l.* 4. §. 5. *C. de heret. l.* 3. *& l.* 4. *C. de Apostat.*

TIT. IV.

De his, quæ in Teſtamento delentur, inducuntur, vel inſcribuntur.

I. Philologia verborum. II. Quid juris, ſi deletio inconſulto ſit facta, *ad* l. 1. §. 1. h. *III. Verus ejus ſenſus. IV. De duobus teſtamentis uno exemplo factis quæſtio. V. Alia ſuper iisdem. VI. Quid juris, ſi poſteriore teſtamento abolito, prius adhuc extet. VII. Duo in hanc rem exempla rei judicatæ.*

SIcut voluntate Teſtatoris expreſſa, ſic etiam reali tacitaque revocantur Teſtamenta; quod fit delendo, inducendo, *Rubr. h.* cancellando, *l.* 2. inſcribendo, concidendo, ſignave turbando. *l.* 22. §. 3. *Qui teſtam. fac.* Delere eſt *delinere*, unde contracta vox, idque fit ſtylo, ut videtur, acuto. Inducere, eſt inverſum ſtylum imprimere ſcripturæ; quanquam & acuto fieri poteſt, quod aliter & proprie eſt *perducere*. *l.* 1. *fin. pr. h.* Cancellare eſt per latam ſcripturam ducere lineas, quaſi cancellos. Inſcribere, idem, niſi fallor, eſt, quod *ſuperſcribere in l.* 1. §. 1. *in fin. h.* ubi ſuperſcripſit Teſtator, ſe adimere quod ſcriptum. Sueton. *in Nerone ſub fin.* de carminibus Neronianis autographis; *Ita*, inquit, *multa & deleta & inducta & ſuperſcripta inerant*; Eadem triga verborum, quæ eſt in hac Rubrica, niſi quod pro *inſcribuntur*, ille habet *ſuperſcrib.* Hæ inſcriptiones rurſus induci poterant, quæ *ſuperinductiones*, ut puto, vocantur, in *d. l.* 1. §. 1. *h.* Conciditur etiam quod *inciditur l. ult. tit. præced.* quin imo, ſi linum, quo ligatæ ſunt tabulæ, inciſum ſit, teſtamentum vitiatur, *l.* 1. §. *pen. de Bon. Poſſ. ſec. tab.* quod noli putare his diebus habere locum. Suetonius refert, tempore Claudii contra falſarios repertum, ne tabulæ niſi pertuſæ ac ter lino per foramina trajecto obſignarentur, ut ipſum linum ſigno contineretur, nec legi teſtamentum poſſet, niſi lino inciſo ruptiſque ſignis. *l.* 28. §. 1. *de Liber. leg.* Quod a moribus noſtris alienum eſſe omnibus conſtat. *in vita Claud.*

2. (a) Hæc omnia & ſingula vitiant teſtamentum, ſi conſulto facta ſint a Teſtatore. Si inconſulto evenerint, nihil nocent. *l.* 1. §. 1. *h. d. l.* 1. §. *pen. de b. p. ſec. t.* Proinde ſi Teſtator mente captus tabulas inciderit aut ſcripta deleverit, non ideo minus adiri poteſt hæreditas ab his, qui ſcripti ſunt hæredes, *l. ult. de Injuſt. rupt. irr. f. teſtam.* modo legi poſſint; nam quæ legi nequeunt, perinde habentur, ac ſi non eſſent. *l.* 1. *in pr. h. Legi autem ſic accipiendum, non intelligi, ſed oculis perſpici, quæ ſunt ſcripta. Ceterum, ſi extrinſecus intelliguntur, non videbuntur Legi poſſe.* Quid hoc, *ſi extrinſecus intelliguntur*, an ea non debentur? *Imo etſi totum teſtamentum* legi non poſſit, imo *etſi non extet, tamen conſtat valere omnia, quæ in eo ſcripta ſunt.* §. 3. *d l.* 1. Unde, niſi extrinſecus intellectum ſit, quod in eo relictum fuerit? Non poteſt hoc aliter. Quid eſt igitur illud *extrinſecus*? Gothofredus nihil habet niſi regulam, *Legi poſſe quod oculis perſpici poteſt*, quod ſcire juvet, videlicet. Baſilici diſerte habent contrarium. Sic ajunt; Τότε δ' ἀπαιτοῦνται, ὅτε θεωρεῖσθαι καὶ ἀναγινώσκεσθαι δύνανται ἢ ἀποδειχθῆναι δύνανται, κἂν μὴ ἀναγινώσκωνται. *Tum relicta peti poſſunt, quando perſpici & legi poſſunt, aut quando probari poſſunt, etſi legi nequeant.* Probatio ejus, quod legi non poteſt in teſtamento, *extrinſecus* peti debet; hoc eſt, aliunde quam ex teſtamento. Ita, *ſi extrinſecus ſuſpendatur Legatum, non ex ipſo teſtamento. l.* 6. §. 1. *D. Quando Dies Leg. ced. Alibi, in cauſa, quæ agebatur, aliquid pronunciatum ſit, an quædam extrinſecus. l.* 13. §. 6. *de His, qui infam.* & paſſim *alibi.* Sed intellectum *extrinſecus* advenientem repudiat Ulpianus in hac *l.* 1. §. 1. Baſilici interpretes probant, admittendam eſſe probationem *extrinſecus*, hoc modo, Ἐπειδὴ ἡ διαθήκη εἰ καὶ μὴ φαίνεται, ἔῤῥωται τὰ ἐν αὐτῇ ἑτέρωθι δεικνύμενα. *Quoniam etſi teſtamentum non extet, in eo relicta valent, ſi aliunde probantur*, quod petitum ex *d.* §. 3. quibus Baſilici oſtendunt non eſſe interpretes ſe κατὰ πόδας, ſed gloſſatores, vel potius emendatores ſuo arbitratu: nam gloſſa debet explicare non corrigere quod poſitum eſt. Azo in *gl. ad h. t.* τὸ *extrinſecus*, ita exponit; *Alicujus ingenio* vel

(a) *Poſ.* 1. 2. & 4.

vel ſubtilitate, non ex ipſa litera, nec ex vi ipſius literæ, ſed ex his fortè, quæ precedunt in teſtamento vel quæ ſequuntur. At hoc non eſt *extrinſecus*, colligere ex ipſo teſtamento, quid in uno ejus loco ſcriptum fuerit.

3. Videamus, an non ita potius; Quæ inconſulto deleta ſunt ante conſummationem teſtamenti, ea ſi legi nequeant, non debentur, *d. l.* 1. §. 2. etſi aliunde, velut ex protocollo ſive *minuto*, ex quo teſtator ipſum teſtamentum ſcripſit aut ſcribi juſſit, vel teſtibus probari poſſit, quale id fuerit, quod deletum eſt; quia, ſi voluiſſet hoc valere Teſtator, alio loco reſcripſiſſet; quo non facto, videtur in eo, quod inconſulto factum erat, acquieviſſe. Quare ea, quæ deleta ſunt inconſulto, poſt conſummatum teſtamentum, valebunt, ut Baſilici tradunt, nec ipſe non Ulpianus, ſi aliunde probari aut intelligi poſſint, utique ſi certo & explorato: quemadmodum etiam τὸ *inconſulto* ſine dubio conſtare debet: Nam alioqui in dubio præſumendum videtur, ea, quæ deleta reperiuntur, a Teſtatore fuiſſe deleta, ſi tabulæ in ipſius manibus fuerint. Nam prout alioqui præſumptiones variant, huic aut illi probatio incumbet, ſecundùm ea, quæ de præſumptionibus dicta ſunt *ad tit. de Probat. & præſumpt. n.* 14. *ſequ.* De hac etiam poſitione, quæ eſt in *d. l.* 1. §. 3. *Si totum teſtamentum non extet, valere tamen, quæ in eo ſcripta ſunt*, quam difficulter uſum habere poſſit, egimus ad *tit. de Fid. inſtrum. n.* 30. Porro quod vulgo dicitur, utile per inutile non vitiari, nullibi quam heic evidentius uſu venit; quia tantum ea, quæ inducta ſunt, valere deſinunt, reliqua nihilominus debentur; Adeo, ut ſi vel hæredis nomen ſit deletum, reliqua tamen ſubſiſtant, ut docet memorabilè decretum Cæſaris Antonini in *l.* 3. *h. t.*

4. (b) Superſunt duæ treſve Quæſtiones. Prima, ſi ex duobus teſtamentis uno tempore unoque tenore compoſitis, ab iiſdem teſtibus ſignatis, alterum ſit abolitum, hæreditas ab iis, qui in eo quod ſupereſt ſcripti ſunt, nihilominus peti poteſt; niſi conſtet, hoc animo abolitionem a Teſtatore eſſe factam, ut inteſtatus moreretur, *l. ult. h.* quod ab actoribus probandum, vel potius ab iis, *qui ab inteſtato venire deſiderant*, ut habet textus in *d. l. ult.* & a Thomaſio in *Schol. ad poſit.* 3. *h. t.* animadverſum eſt. Facilius autem præſumetur adimendi animus, ſi peregre abſens aut alias non niſi alterum e duobus exemplis in poteſtate habens, hoc quod habebat, aboleverit. Forte ejuſmodi caſu præſumptio erit pro ademptione; ſecus ac in *d. l. ult.* ubi Teſtator ex pluribus ejuſdem exempli tabulis in publico depoſitis quaſdam abſtulit atque delevit; cum in iis, quas relinquebat, rem geſtam declarari non ignoraret. In quam rem confer ſis ea, quæ diximus ad *tit. de Pact. pag.* 113.

5. Quid vero ſi qua inter duas ejuſdem exempli tabulas ſit diſcrepantia, ut accidit in teſtamento Viri Ampliſſimi *Guilielmi a Velſen* Quæſtoris Friſiæ Generalis, qui teſtamentum duobus exemplis, utroque authentico fecerat, *d.* 5. *Septemb.* 1679. inter quæ nullum erat diſcrimen, niſi quod legatum eidem perſonæ in uno exemplari relictum erat centum coronatorum noſtratium, qui faciunt ducentos florenos, in altero centum imperialium, qui faciunt 250. florenos. Conſultus ſum, utrumque, an alterutrum, & utrum deberetur. Reſpondi, unum modo legatum deberi, cum ex alterutro duntaxat agi poſſit, videri autem honoratum agere poſſe ex utro velit, ideoque centum imperiales deberi. *arg. d. l. ult.* Sed vide *l.* 47. *de Legat.* 2.

6. Tertia Quæſtio eſt, ſi teſtator duo fecerit teſtamenta diverſis temporibus, & poſterius aboleverit, an prius convaleſcat? Hac de re textus eſt in *l. pen.* §. 2. *de Bon. poſſ. ſec. tab.* ubi primo docet JCtus, ſi poſt teſtamentum factum Titius arrogatus, dein ſui juris iterum factus *codicillis aut aliis literis eodem teſtamento ſe mori velle declaraverit, voluntatem, quæ defecerat, judicio recenti rediiſſe intelligi*; mox ſubjicit, *non ſecus, ac ſi quis aliud teſtamentum feciſſet ac ſupremas tabulas incidiſſet, ut priores ſupremas relinqueret.* In quibus verbis eſt hæc doctrina, quod ad hoc quæſitum attinet: Qui duobus factis teſtamentis, poſterius abolevit, ad prius rediiſſe videtur, ſi hanc mentem ſuam expreſſerit, ut prius valeret. Opponitur; *Atqui nuda voluntate teſtamentum prius*, quod ipſo jure per poſterius fuit ſublatum, *non poteſt reſtitui*; quod argumentum occupat his verbis; *Nec putaverit quiſquam, nuda voluntate conſtitui teſtamentum.* Reſponſio eſt in ſequentibus; *Non enim de jure teſtamenti maxime quæritur, ſed de viribus exceptionis, quæ in hoc judicio, quamquam actori opponatur, ex perſona tamen ejus,*

(b) *Poſ.* 3.

ejus, qui opponit, aestimatur. Negatur, inquit, nuda voluntate testamentum hac via constitui. Hæres primo scriptus agit quidem ex testamento priore. Possessor autem excipit; est aliud testamentum recentius, quo prius fuit sublatum. *Replicat actor*, hæc exceptio nullam habet vim, quia testamentum posterius est abolitum, ut prius valeret. *Duplicatio* rei, est quidem abolitum, sed non ea mente, ut prius valeret, quod ideo sublatum manet. Hinc oritur κρίσις, unde pendet momentum causæ; *Sitne posterius simpliciter abolitum, an ut prius valeret.* De hoc est disputatio, de viribus, inquam, exceptionis, non proprie & directe, an testamentum nuda voluntate constituatur. Quando igitur abolitio posterioris simpliciter est facta, sine tali significatione voluntatis ad valorem prioris, non potest fieri, quin prius sicut est, ita maneat ruptum, quemadmodum & in aliis rebus, quod semel extinctum est, sine nova causa non reviviscit, ut in *l.* 30. *in pr. de S. U. P.* modo tum certa res sit, testamentum posterius jure fuisse factum, quod liquido constare vix potest, nisi tabulæ utcunque cancellatæ aut incisæ adhuc extent atque ob oculos versentur, ut in specie *d. l. pen.* §. 2. Proinde, si penitus abolitæ sint tabulæ, difficile est aliud statuere, quam prius testamentum valere; nisi posterius fuerit nuncupatum & testibus prælectum, ut de omni ejus argumento testari queant.

7. Huc spectant duæ decisiones in nostra Curia notabiles, quas heic adjiciam. Cajus & Caja conjuges fecerant testamenta reciproca duo diversa. Caja mortua, posterius repertum est ab illa incisum, prius adhuc integrum sine ulla alia significatione voluntatis ipsius. Curia judicavit, Cajam decessisse in testatam, posteriore testamento abolito, sine ulla confirmatione prioris, quod per aliud jure factum apparebat sublatum. Nauta relator decisionis, in utroque testamento refert idem fuisse, quod mulieri causam rescindendi præbuisset; Verum in ipso processu, quem totum perlegi, nihil ejusmodi commemoratur, nec etiam in relatione examinis, quod in dorso scriptum est, quo maritus super historia incisionis factæ, nobili Curiæ officio, interrogatus fuerat: Ut ab illo singulari facto meritum decisionis nullo modo pendeat, *in causa Nicolai Wiggeri, contra Gerardum Johannis d. 16. Jul.* 1638. Alterum exemplum hoc est; Titius & Titia conjuges Leovardienses cauponaria exercitio locupletati, duo reciproca condiderant testamenta, quorum posterius vir ægrotans coram sorore sua, ab uxore repetierat, vocato ad eum actum Tabulario, qui testamentum scripserat, inque ignem conjici jussit, nihil addens de priore Testamento. Mortuo Titio, uxor prius testamentum, in quo hæres erat scripta, protulit, ex eoque hæreditatem adiit. Sorores ab intestato petentes repulsam tulerunt, ideo, ut videtur, quod posteriore testamento igne consumpto, non constaret, an hoc jure factum fuisset, etsi Notarius artis suæ egregie peritus nihil vitii adfuisse testaretur, hoc tamen adeo pro certo haberi non poterat, ut ideo quod erat ob oculos perfectum, irritum haberetur. Habuisse Testatorem hunc animum, ut prius convalesceret, jactabatur quidem, sed probatum non erat; *In causa Elske ende Rykjen Simons, contra G. J. S. anno* 1682.

T I T. V.

De Hæredibus Instituendis.

I. An testamentum sine hæredis institutione valeat. II. De personis hæredum remissio & pauca singularia. III. De Hæreticis. IV. Specialiter de Pontificiis & de liberis perduellium. V. Comment. ad Edictum Caroli V. VI. An Regula Juris, quod nemo testatus ac intestatus pariter mori possit, hodieque obtineat. VII. Quid juris sit, hæredibus ex certis rebus institutis. VIII. An hæres ex re certa jus habeat accrescendi. IX. Circa hæredem ex usufructu observationes. X. Species l. 13. D. de Liber. & posth. hæred. inst. vel exhæred. *XI. De Institutione captatoria.*

BAsis & fundamentum Testamenti est Hæredis institutio, §. 34. *Inst. de Legat.* sine qua testamentum non potest valere, teste Calpurnio Longino Advocato Fisci in *l.* 3. *ff. de his, quæ in test. del.* Sed *moribus hodiernis valere testamentum, in quo omissa est hæredis institutio*, citatis numero multo auctoribus scribit D. Voetius *Comment. ad h. Inst. t.* §. 4. *n.* 2. Quin

Quin etiam apud nos invaluit, ejusmodi scripturam instar testamenti sine hæredis institutione compositam, in dubio præsumi esse codicillum, ideoque in eo contenta ab hærede legitimo esse implenda, licet testator eam voluntatem appellaverit Testamentum. Quod tantundem est, ac si diceres, Testamentum sine hæredis institutione scriptum non esse quidem testamentum, sed tamen valere & effectum habere *indirecte*. Nititur hæc sententia falso fundamento, hoc uno, *quod testamentum large sumpto vocabulo, sub se Codicillos comprehendat*. Quod post Auctores a Sandio productos etiam docet D. Schotanus in *exam. ad tit. ff. Qui testam. fac. in pr.* Probant id primo ex definitione testamenti, *quod sit voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, in l. 1. d. tit.* Quasi Jurisconsulti in ipsa definitione jus testamenti confundere voluissent cum codicillis, a quo sunt alienissimi. §. 2. *Inst. de Codicill.* Justa sententia significat solennibus legum requisitis conformem, *arg. rubr. & l. 1. ff. de injust. irr. rest.* cujusmodi sensus non convenit Codicillo. Adducit præterea *l. 2. §. 1. ff. Quemadm. testam. aper. l. 1. §. 2. & seqq. ff. de Tab. exhib.* Ex quibus id nequaquam probatur. Absit, ut tam enormis confusio, Juris antiqui conditoribus adscribatur, quæ si procedat, nullam vim habet hæc regula, *quod hæredis institutio sit basis & fundamentum testamenti*. Tamen hic error, ut sæpe fit, jus fecisse videtur, ut aliquoties apud Supremam hujus *quoque* Provinciæ Curiam ex ejusmodi ultimis voluntatibus jus dictum sit, quæ testamenta dicebantur in ipsis tabulis & habebant septem testes aliaque testamentis consueta, at sine ulla hæredis institutione, semel apud Sandium *l. 4. tit. 1. def. 12.* Rursus mea memoria, in causa *Tjallingi de Camstra in qualit. cum soc. contra Edonem ab Eyssinga cum soc.* Tertium, in causa *Rinse Abes cum soc. contra Teye Ides*, etsi ne clausula quidem codicillaris esset adjecta *ante fer. Pasch.* 1681.

2. (a) Quæ præterea ad argumentum hujus Rubricæ pertinent, ad tres articulos ex ejusdem tituli Institut. exegesi notos referuntur. Ad personas, ad res & ad modum instituendi. De personis absolvimus ad Inst. quibus heic addemus has positiones; Error in persona vitiat hæredis institutionem, si quis volens Titium instituere, Cajum scripserit *l. 9. pr. h. t.* Verum si de persona constet, error autem in nomine solo fuerit, nec illud nomen alii personæ conveniat, nominis error non magis vitiabit institutionem, quam Legatum. §. 29. *Inst. de Legat.* Quod si ut filium quis scripserit hæredem, qui dein non esse filius probatur, institutio nulla est. *l. 3. & l. 4. C. de hæred. instit.* Institutio sine nomine valet, modo indubitabili signo hæres sit demonstratus, & quidem tali, quod non contumeliæ causa sit additum. *l. 9. §. 8. h. t.* Et tamen si pater dicat; filius meus *impiissimus*, *male de me meritus*, ea verba non vitiant institutionem, quia monendi causa adjecta creduntur. *l. 48. §. 1. h. t.* Multo minus, si dicat Pater, filius meus, asinus ad lyram, ut est apud Gell. *3. noct. Att. C. 16.* Tales enim asini pecunia maxime egent, quomodo Crates filios, si fatui essent, institueret, si saperent, in pios usus sua bona distribuebat. (1)

3. Porro Hæretici & Apostatæ Jure civili non possunt etiam hæredes institui, sicut nec facere testamenta. *l. 4. §. 2. & l. 5 C. de Hæret. l. 3. C. de Apostat.* Hæreticorum autem vocabulo continentur, *qui levi argumento a judicio catholicæ religionis & tramite detecti fuerint deviare*, ut Imperatores Gratianus, Valentinianus & Theodosius definiunt *in l. 2. C. de Hæret.* §. 1. Tam rigidi non sunt mores nostri, nec in hæreticis definiendis, nec in pœnis infligendis. Sane testamenti factio activa vel passiva religionibus non distinguitur, singularum utique personarum respectu; In collegiis secus est; hæc enim jure personarum non fruuntur, nisi permissa legibus & recepta publice. *l. 1. & l. 3. & t. tit. ff. de Colleg. & corp.* Ne quidem pauperibus hæreticorum hæreditates aut legata relinqui posse, diximus ad *tit. Quod cujusque univers. nom. n. 3.* ubi & distinctio inter Collegia Religionum prohibita, permissa, tolerata; quæ ad hunc locum pro repetitis habenda sunt. Quid tamen adversus eos, qui capita Christianis omnibus credita, de Christo æterno Deo & Spiritu Sancto, de solutione Christi pro peccatis mundi, similiaque præfracte negant, in contradictorio statuendum foret, non habeo asseverare. Credo tamen nostrates in hac sententia esse, rerum divinarum persuasionem nihil commune habere cum adquisitionibus rerum & usu

(a) *Pos.* 1. 4. 5. 6. 7. & 8.

(1) *De turpi & contumeliosa demonstratione agit Vir Celeberrimus Josephus Averanius interpret. jur. lib. 3. cap. 23.*

& usu commerciorum, quæ fiunt inter vivos & mortis causa.

4. Pontificii soli, quia minus creduntur amici esse præsenti statui Reipubl. & acrius in dissentientes animantur, & inprimis ne superstitione ducti ad exteros, quibus fere dedunt animarum cultum, bona transmittant, paulo diligentius circumscripti sunt, placito Ordinum *d.* 10. *Decembris* 1655. (a) quo prohibetur, ne quis testamento disponat in favorem personarum sive marium seu feminarum, quæ ulla professione Ecclesiastica Pontificiæ religioni devinctæ sunt; *geestelyke, kloppen, Nonnen of andere Paus-gesinde geordende personen*. Si fiat, dispositio nulla declaratur, decerniturque, bona pertinere ad eos, qui secundum jus & mores Frisiæ in causa mortis ad ea jus habere deprehendentur, *aen de gene die nae kostume en rechten van den Lande, by versterf, daer toe soude mogen wesen gerechtigt*. Hinc quæsitum est, si legata relinquantur ejusmodi Pontificiis hominibus professis, utrum ea maneant penes hæredem scriptum, an ad hæredes ab intestato pertineant. Dixerim, penes hæredes scriptos remanere; quia sic jure communi cautum est, legata, quæ personis palam incapacibus relinquuntur, penes hæredem scriptum manere, si testamentum exstat; deficiente testamento, ad hæredem ab intestato, *l.* 3. *in pr. ff. de His*, *quæ pro non script.* nec enim hæres legitimus quidquam juris habet, ubi extat vel speratur hæres e testamento. *l.* 39. *ff. de Acquir. hæred.* Nec obstant verba superius posita, quia non nisi generalia & ad dispositionem juris communis relativa sunt. Testamentaria successio non minus juri moribusque Provinciæ consentanea est, quam utique legitima, & verbum, *by versterf*, pertinet ad casum mortis testatoris, & respicit eum, qui tempore mortis habebit jus in hæreditatem defuncti. Eodem edicto cautum est, ne parentes Pontificii liberis orthodoxos minori ex parte hæredes instituant, quam quibus plurimum relinquunt, nisi parentes alias graves causas Judici probare queant, sufficientes ad ingratitudinis notam atque pœnam. Non abludit ab hac parte, quod habetur in Græca constitutione Justiniani an Justini, *l.* 13. §. 1. *C. de Hæret. Orthodoxi filii hæreticorum, qui nihil deliquerunt in parentes, illibatum accipiunt & indominutum, quod eis ab intestato competit ... & adversus hæc facta ultima voluntas infirmatur. &c. Si vero quid deliquerint in parentes, accusantur & puniuntur.* Imo liberi Pontificiis ordinibus religiosis addicti, hæredes a parentibus scripti, legali fideicommisso quasi gravati intelliguntur, quo bona proximis suis agnatis & cognatis post mortem suam restituere coguntur, *vers. ende belangende*. Est & aliud singulare in eodem Edicto. Quæ collegiis Pontificiis ab arcano fideicommisso relinquuntur, ea secundum jus commune redigenda forent in fiscum. *l.* 1. *ff. de jur. fisc.* Ex hac constitutione pertinent ad hæredes legitimos, quibus fideicommissarii isti prohibiti inventarium exactum, omniaque instrumenta, fide jurata tradere debent, sub pœna quadrupli ejus quod suppresserint, inter delatorem, pauperes, & fiscum dividendi, & infamiæ, cum pœna insuper extraordinaria. Quod etiam ipsis proprio nomine relictum fuerit, similiter ad hæredes ab intestato pertinet cum usuris & fructibus; *vers. om alle ondere quaedt &c.*

Præterea inter incapaces personas, jure civili habentur etiam liberi perduellium, quem rigorem utpote rationi æquitatique contrarium, obsoletum esse, vel abrogandum, censet Ant. Matthæus *disp. fin. de success. n.* 15. Habuimus, quod de personis hæredum jure nostro singulare proditum est.

AD EDICTUM CAROLI V.

5. Placet addere cum Lectoris venia commentariolum ad Caroli Cæsaris V. Edictum de anno 1540. insertum Statutis Frisiæ *lib.* 1. *tit.* 7. *art.* 6. & alibi quoque receptum: *Ne liceat minoribus annis* 25. *donationem facere, vel legatum relinquere rei immobilis, vel quo res immobiles graventur, in perpetuum, vel usufructu tenus, Curatoribus suis, vel Administratoribus, aut inspectoribus* (Bewaerders) *nec eorum liberis aut concubinis. Si quid ejusmodi relictum fuerit, id ipso jure nullum declaratur*. Non prohibetur in hoc statuto hæredis institutio, sed titulus particularis, *gifte by testamenten*; quibus verbis legatum vel donatio mortis causa significatur. §. 1. *Inst. de Legat.* Igitur si in hæreditate nulla sint immobilia, certum est non prohiberi personas Statuto comprehensas scribi hæredes, pecuniaque & omni-

(a) *Pontificios non minus quam Reformatos Rempublicam fundasse, tum Historiæ Belgicæ, tum pactiones utrinque initæ satis testantur, adeoque non est cur minus credantur amici esse præsenti statui Reipublicæ. Sciunt quoque se ex præcepto Apostoli ad* Rom. cap. 13. v. 1. & seqq. *Magistratibus subjectos esse debere. Quod si magis amici haberentur, ingens forte commodum exinde Respublica sentiret.*

omnibus rebus, quæ moventur, frui. Quid si & immobilia in hæreditate reperiantur? Si verba Statuti consideres, more loquendi juridico, non possunt de hæredis institutione intelligi, quoniam hæc est universalis. *l. 18. in fin. de hæred. pet. l. 24. de V.S. & l. 62. de R.J.* Tituli, de quibus Statutum loquitur, sunt mere particulares, *alle gifte by testamente, legaten, gifte by levende lyve, ofte in gevalle der doodt.* Hæc etsi probabilia sunt, vero tamen propius est, illis prioribus verbis significari quamlibet dispositionem testamentariam, adeoque si quis e personis hac prohibitione comprehensis; hæres sit institutus, bona immobilia non obtinebit, nec aliter Sandius. *d. dec.* 2. 9. 19. An & mobilia hoc casu? Nihil video, quamobrem illa amittere debeat: nec enim utile per inutile vitiatur, & Testamentum pro parte valere, effectumque habere, in materia Statutorum non est insolitum, ut Sandius docet *lib. 4. tit. 1. def. 7.* saltem per clausulam codicillarem & via fideicommissi, ad evitandam offensionem regulæ, quod nemo simul testatus & intestatus mori queat.

Quæri potest, an sub voce Curatorum contineantur matres, quatenus sunt Legitimæ Curatrices bonorum, quæ liberis competunt. Sandius remittit Lectorem ad Stephanum *decis.* 58. Sed nihil hærendum puto, quin ad matres hæc res non pertineat. Etsi enim plerumque verbum masculum etiam feminas complectatur, heic tamen secus est, quia nomen *Curateurs* utrique sexui non æque convenit, neque vocabulum *Administrateurs*; mulieres enim ad ejusmodi officia non eliguntur. *l. 1. C. Quand. mul. tut. off.* Imo Curatrices vel Administratrices Legitimæ nusquam in Jure dicuntur, sed Tutrices solummodo; nec usquam exstat Lex, qua Matribus administratio bonorum, quæ ad liberos puberes spectant, deferatur; sed impuberibus tantum liberis præponuntur, si velint, ita ut ne Tutela quidem publicum munus illarum respectu esse videatur. *l. 2. C. eod. tit.* Moribus quidem administratio tempore pubertatis iis relinquitur, sed non ideo sub Administratorum nomine legitimo continentur. Accedit reputatio causæ, quæ movit legislatorem ad hanc prohibitionem, quæ hæc fuit; quod minores magis metu & reverentia quam libera voluntate in favorem Curatorum suorum disponere videantur; Inter matrem vero liberosque tanta *στοργὴ* & affectus mutui pietas vertitur, ut sinistræ suspicionis nulla causa relinquatur.

Verbum *bewaerders*, quod sequitur, reddidimus per inspectores; ut sint, quorum institutioni custodiæque juniores commendati fuere, quales sunt Præceptores, Pædagogi atque magistri, inquit Sandius *d. lib. 2. tit. 9. def.* 19. Quid igitur, an quilibet Præceptores atque Magistri adolescentum sub hac prohibitione continentur? Mihi nec verba nec ratio ita ferre videntur. Non verba; quia nomen *Bewaerders Custodum* non significat Præceptores simpliciter, sed eos, qui adolescentes in peculiarem custodiam acceperunt, sive in contubernium, sive in ejusmodi inspectionem, qualis est ea, de qua loquitur Lex Academiæ Franekeranæ XLV; *Professores, quibus commendati erunt juniores, eorum inspiciant mores & sumptus, nec sine autographis horum pecuniam Studiosis mutuantor aliusve huic mutuo fœnoricve dato.* Reliqui Professores aut Magistri, qui simpliciter juventuti institutionem impertiuntur, sub nomine *Custodum* non videntur comprehendi, maxime si opera generalis sit, quam pluribus simul impendunt, ut fit. Ratio quoque non videtur admittere, ut qui nihil aliud faciunt, quam præceptis eloquentiæ sapientiæque juvenes reddere meliores, hac lege notari videantur, quasi hæredipetæ & legatorum captatores. Aliter Regulus ad Nicostratum præceptorem scripsit; *quoniam* inquit, *& cum patre meo semper fuisti, & me eloquentia & diligentia tua meliorem reddidisti, dono tibi &c. l. 27. ff. de Donat.* Sandius *in d. defin.* hanc legem vult accipi, de casu, quo jam donatarius Præceptor esse desierat. Verum hoc liquet parum. Regulus erat juvenis, ut ait Papinianus, & vox præteriti temporis *reddidisti*, utique etiam de institutione adhuc durante potest intelligi. Plane ejusmodi præceptores, qualis ibi Regulo fuisse scribitur, non videntur in hoc Statuto denotari; sed Pædagogi domestici, duces peregrinationum, Professores, qui Studiosos in contubernium accipiunt, & denique inspectores ejusmodi, quales modo demonstravimus, sub titulo Custodum intelligi videntur.

Additur; *ofte andere heure administrateurs.* Quales illi? num alios potest habere administratores quam Curatores suos? potest primo, si veniam ætatis impetraverit, tunc enim Cura liberatur, & absentiæ causa vel aliter, si velit, res suas alicui administrandas dare potest. Quid

Quid ergo, an & is, qui veniam ætatis impetravit, huic constitutioni subjectus erit; nonne, sicut ille in omnibus pro majore habetur, ita etiam heic minorum numero jurique videbitur exemptus? Non videtur. Primo, quia venia ætatis nihil aliud tribuit, quam ut minores patrimonia sua gubernare possint, *l.* 3. *in pr. C. de his, qui ven. æt.* quod est διοικεῖν, inter vivos administrare; venia nihil ad testamenti factionem pertinet, quæ inde a pubertate libera fuit. II. In alienatione rerum immobilium venia ætatis non adjuvat adolescentes; heic autem de immobilibus alienandis agitur. III. Statutum nominans alios administratores, vel maxime ad eos, qui constituti sunt ab his, qui veniam obtinuerunt, spectare videtur, cum minores plerumque non habeant nisi Curatores. Possunt tamen & alii administratores esse minorum; veluti, cum qui adolescentem fecit hæredem, & bonorum quæ reliquit ei, proprium statuit administratorem, qua de re vide Sandium *lib.* 1. *tit.* 9. *def.* 11. Sequitur in Statuto, *ofte van hare kinderen*: Quæsitum fuit, an & liberi emancipati hoc loco sub nomine liberorum contineantur. Ratio dubitandi, quod ex donatione facta liberis emancipatis, patri nihil adquiratur, cum filiosfamilias facta donatio Patri usumfructum præstet. Ita Cujacius sentit, *consult.* 41. Sed recte Curia nostra censuit, ex eo quod in Statuto minime expressum est, non licere generalem infringere vim verborum, præsertim cum non deest alia ratio liberis emancipatis, perinde ac suis conveniens, affectus paternus, quo non minus pater emancipatis vult consultum ac filiisfamiliarum: unde par libertati minorum in testando periculum, quo Statutum sine dubio respexit. Sand, *l.* 1. *tit.* 9. *def.* 20. An & nepotes sub voce *kinderen* heic loci comprehendentur? Non est de nihilo, quod Goddæus ad *l.* 8. *de V. S. num.* 2. tradit, verba *kinderen* & *zonen en dochters* ita differre, sicut in jure Latino *liberi* ac *filii filiæque*. Liberi vero comprehendunt nepotes, filii non æque, *§. ult. Inst. Qui testam. tut. l.* 220. *de V. S.* imo & filii quandoque nepotes continent, *l.* 84. *l.* 201. *& l.* 220. *§. ult. de V. S* secundum hæc sub liberis etiam nepotes intelligendi forent. Et quidem Jure linguaque Romana non minus id obtinet in pœnalibus quam favorabilibus. Ita SCtum, quo tutor pupillam filio collocare prohibetur, etiam locum habet in nepote. *l.* 59. *ff. de rit. nupt.* Commissum hæreditatis, in quod incidit mater, quæ non petit tutorem liberis, usum etiam habet respectu nepotum. *l.* 2. *§.* 28. *ff. ad Sc. Tertyll.* SCtum Macedonianum, quod prohibet filiosfam. ex pecunia mutua obligari, extenditur & ad nepotes. *l.* 14. *ff. ad Sc. Maced.* Curia tamen nostra fuit olim in hac sententia, proprietate vocabulorum, *kinderen*, non significari nepotes *kintskinderen*, & ideo ad tollendam dubitationem, qui vult etiam nepotes complecti, operam dare debet, ut id verbis exprimat. *l.* 4. *tit.* 5. *def.* 10. Adeoque potius est, ut prædicta vox heic ad nepotes extendi non videatur. Quo magis id ita in nostro Statuto accipiendum sit, facit, quod libertas testandi per hanc Constitutionem restringitur, cujus cum maximus favor sit, *l.* 1. *C. de SS. Eccles.* non videtur faciendum, ut lex, quæ illam coarctat, interpretatione producatur: præter quod hæc Constitutio Juri civili adversa est, quo Curatorem licet hæredem instituere, *l.* 28. *§.* 10. *ff. de liberat. leg.* sufficiente adversus vim dolumque Lege, quæ testamentum jubet esse nullum, si quis deceptus vel coactus sit ad testandum. *l.* 1. *C. si quis aliqu. test.* Proinde, si quid minor Curatori suo reliquerit, id valere videtur.

Unum mirari licet, quod in fine adjicitur, *ofte heure concubynen*, nulla uxorum mentione facta, contra quas tamen eo major erat ratio, quo sanctior & arctior est affectus Curatoris erga legitimam conjugem, cujus respectu minori facilius erat insidiaturus, quam in gratiam concubinæ; præter quod uxores ipsæ Curatorum, sæpe non minus adolescentes adultasque habent in potestate, quam viri. Accedit quod concubinæ in Frisia sunt rarissimæ; scilicet mulieres, quæ domi habentur uxorum instar, sine titulo & dignitate uxorum, quomodo concubinæ finiuntur. Nescio an absurde dixeris, eo tempore, quo lex ista lata est, scilicet anno 1540. adolescentes crebro commendatos fuisse sacerdotibus, qui fere concubinarii erant. (3) Quidquid sit, ut lex scripta est, ita nihil dubitandum, quin prohibitio ad uxores non pertineat. Indignum enim & absurdum foret, sub nomine Concubinarum uxores justas complecti, idque in Constitutione pœnali & derogatoria Juris communis. Ideoque & a Curia probata est hæredis institutio, qua minor honora-

(3) *Miserrimis illis temporibus plures fuisse Clericos concubinarios, leges Ecclesiæ adversus eos latæ, satis testantur: Ad omnes fere concubinarios fuisse, ut Auctor insinuat, falsum est. Acrior Auctoris erga Sacerdotes nostros animus, facile eò persuasit, ut, quod de quibusdam illius temporis dici potest, de omnibus fere crediderit.*

noraverat Curatoris sui uxorem. Sand. *l.* 2. *tit.* 8. *def.* 19. Est hoc exemplum ejus, quod in legibus interpretandis est servandum, ut tametsi mirum hoc & rationi adversum, quia tamen lex ita scripta est, standum sit verbis legis. *l.* 12. §. 1. *ff. Qui & quib. manum.*

In fine statuti habetur Sanctio; *Sullen wesen nul en van onwaerden.* Pro non scriptis habebuntur; Ideoque fisco non vindicantur, ut fit in his, quæ ut indignis auferuntur, sed manent penes hæredem scriptum, vel si nullum sit testamentum, penes hæredes ab intestato. *l.* 3. *in pr. de his, quæ pro non scrip.* Quod si clam personis in hac lege prohibitis aliquid in testamento relinquatur, tum fisco locus foret, secundum *l.* 1. *de jur. Fisc.* nec id mutatum jure vel more Frisico; tametsi rarius accidat, ut fiscus hoc jus urgeat apud nos. Videatur Sandius *l.* 4. *tit.* 4. *def.* 5. *vers. Et postea.*

Pertinet etiam ad hoc caput, quod ante hac ex Ed. Car. V. intelleximus 1. *Stat.* 1. 6. & 7. si quis filiamfamilias minorem annis 20. duxerit in uxorem, vel si qua nupserit filiofam. 25. minori, eum eamve non posse hæredem scribi a conjuge, ne quidem si pater post concubitum adhibuerit consensum, secus si ante copulam carnalem ratum habuerit matrimonium. *d.* §. 7. Idem quod ad hæredis institutionem attinet, constitutum est in eos, qui puellas sub Curatoribus agentes, illis invitis aut ignaris duxerint, vel qui adolescentes Curæ subjectos in matrimonium pellexerint, §. 22. idque fine discrimine ætatis: sed ratio vult, ut quod de ætate filiorum filiarumque familiarum antea scriptum est, hic ἀπὸ τοῦ κοινοῦ repetatur & adolescentibus adultisque applicetur; atque ita censuit Curia & in foro servatur, teste Sandio *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 7. posteaque sæpius & constanter ita judicatum est. Convenit hoc cum eo, quod jure civili institutum est, propter illicitum matrimonium nihil capi posse ex bonis viri vel uxoris, neque e testamento adiri posse hæreditatem aut peti bonorum possessionem, *l.* 1. *ff. Unde vir & ux. l.* 13. *l.* 14. *de His, quæ ut ind. & l.* 27. *de Usufr. leg.* atque ejusmodi hæreditates fisco vindicantur, *exceptis tam viris quam feminis, qui errore non affectato neque ex vili causa decepti ætatisve lubrico sunt. l.* 4 *C. de Incest. nup.* Sand. *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 5. Rursus hac de re agendi locus est ad *tit. de His, quæ ut indign.* & vid. *supra de Rit. nupt. n.* 7.

6. Videamus, in articulo de partibus hæreditatis, an aliquid singulare supersit. *Primo quidem solennis* distributio assis in duodecim uncias more linguaque nostra non habet usum, sed Testator in tot partes hæreditatem dividit, quot ipsi veniunt in mentem; ut alioqui jure civili potest etiam facere, velut in §. 5. *in fin. Inst. de Hæred. inst.* Nec tamen ideo non est locus hodie quæstionibus, quæ in §. 6. 7. 8. *Inst. d. tit.* tractantur; scil. quid juris sit, cum testator quasdam partes reliquit vacuas aut ultra assem multiplicavit. Quid enim si quatuor scripserit hæredes e parte tertia singulos, vel tres e quartis; Quid si insuper aliquem sine parte scripserit, nonne juris idem erit, quod in *d.d.* §§. a Justiniano exponitur? Is regulam ponit fundamentalem, quod nemo pro parte testatus & ex parte intestatus decedere possit, nisi miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. §. 5. *Inst. h. tit. l.* 7. *ff. de R. J.* Reliqui cives legibus obligati sunt, quibus ita constitutum, hæredis institutionem esse titulum universalem, hæredemque repræsentare defunctum; ita ut pro una eademque persona habeantur, non posse pro parte hæredem scribi; debere testatorem ita inducere in animum, ut vel de omnibus suis bonis disponat, vel omnia legis ordini relinquat; & hæc sententia in foro Romano sic invaluit, ut in naturam disciplinæ verterit, earumque rerum naturaliter inter se pugna credatur esse, *testatus & intestatus*, ut ait Pomponius *in d. l.* 7. Adversus hæc Groenewegius ad §. 9. *Inst. h. t. generali consuetudine passim receptum* ait esse, *ut unicuique testato partim & intestato decedere liceat*, idque multa auctoritate scriptorum variarum gentium confirmat; quibus ita videtur, subtilitates juris Romani, quæ nullum aliud æquitatis fundamentum, nisi quod ita veteribus placuit, habent, moribus hodiernis negligi. At sæpe dictum & approbatum est, in quibus gentibus receptum est jus Romanum, in illis quælibet ejus capita certa & indubitata neque rationi contraria, vel Statutis abrogata, valere servarique: & inter ea numerandam esse hanc regulam nullus dubito: non dubitat etiam Herbajus noster, qui de *rebus usus quotidiani* scribens, eam positionem pro fundamento totius disputationis, quam habet in *cap. ult.* tradit & usurpat. Hinc nihil ambigendum, si quis duos hæredes e triente scripserit, quin idem sit, ac si duos e semisse scripsisset, vel si unum e semisse, alterum e quadrante, perinde est, ac si primum e besse, alterum e trien-

te

te fecisset hæredem, juxta doctrinam §. 7. *Inst. h. t.* ex quo sic ait Herbajus, in *d. cap. Si qua pars assi desit, ea omnibus hæredibus pro portionibus hæreditariis accrescit.* Nec audiemus ideo D. Voetium adfirmantem in *comment. ad d. t.* moribus hodiernis cessare jus accrescendi, ut reliqua bona pertineant ad hæredes ab intestato.

7. (b) Ex eadem ratione sequitur, eum, qui solus, (secus si cum alio, ut dictum ad *Inst. h. t.*) ex rebus certis hæres institutus est, detracta rei certæ mentione, hæredem ex asse videri, perinde ac si rerum mentio facta non esset. §. 3. *Inst. Quid. mod. testam. infirm. l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. & *l.* 10. *ff. de Hæred. instit.* Sicut etiam, si quis plures e diversis partibus, etsi inæqualibus, scripserit, perinde erit, quasi sine partibus scripti fuerint, *d. l.* 9. §. 13. *l.* 10. & *l.* 11. *h. t.* tradente rem hanc ut quotidianam, hoc est, moribus etiam nostris usitatam, Herbajo *d. cap. ult.* Quod si Testator disertis verbis prohibuerit, ne scriptus hæres plus quam partes aut res expressas haberet, doctrina juris Romani vult, nihilominus ei res accrescere cunctas, per *l.* 55. *ff. de Legat.* 1. Attamen difficile dicta est, tantum rigorem seculo nostro ferri posse, ideoque tanquam ex argumento juris Romani concedendum credimus in sententiam Vigli nostri *ad d.* §. 5. cui Bachovius etiam subtilissimus *ibid.* adsentitur, & est hæc, alibi quoque dicta; scriptum quidem hæredem vi juris ex asse hæredem fieri, sed respectu voluntatis testatoris, cum cogi ad restituendam partem iis, in quorum gratiam testator eum parte dignata contentum esse præcepit, qui sunt hæredes ab intestato. *arg. l.* 69. *in pr. ff. de legat.* 2. Hoc temperamentum minus dubii habet, si testamento adjecta sit clausula codicillaris; utpote cujus hæc vis intelligitur esse, ut hæredem scriptum quasi fideicommisso onerare videatur, ad implendam voluntatem, quæ directe per leges effectum habere non poterat, ut infra & Sand. *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 2. Sed an vi hujus clausulæ non tenebitur hæres scriptus ex re vel parte certa reliquam hæreditatem semper & indistincte proximis cognatis restituere? Non videtur, nisi appareat, Testatorem enixe voluisse, ne scriptus hæres plus quam testamento dictum est, obtineret; nam alicqui cum hæredis institutioni certæ partis aut rei mentio adjecta est, censeri potest negligenter & abundanter adjectum, nec aliter velle testatorem quam quod jus commune dictat. Etenim jus accrescendi nititur etiam tacita voluntate defuncti, qui partes vacantes creditur potius voluisse delatas hæredi scripto, quem nominavit, quam iis, quos nulla mentione in supremis tabulis honoravit, ut apparet e doctrina juris accrescendi, quæ traditur in *l. un. C. de Caduc. toll.* Plane, si dixerit, se reliqua bona legitimis hæredibus suis relinquere velle, tametsi non usus sit titulo institutionis, non est tamen dubium, quin illis jure debeantur, quoniam recentiori jure quæcunque verba, testatoris animum satis explicantia, sufficiunt ad effectum hæredis institutionis *l.* 5. *C. de hæred. instit.* Quod etiam diximus, rei certæ mentionem videri posse ex abundanti adjectam, non habet locum, si testator accurate sollicite que res certas enumeraverit; sicut factum erat in testamento *Friderici de Vervou*, super quo ante aliquot annos disputatum est inter Viros Nobilissimos *Bernardum a Coenders & Heronem ab Ockinga* Supremæ Curiæ Ex Senatorem & Ex-Curatorem Academiæ. In qua causa visum Curiæ Supremæ, non posse hæredem plus capere quam ei adsignatum erat; forte quod specialis & accurata rerum enumeratio expressæ prohibitionis loco habenda videretur. Decisioni, quod eadem de re pridem consultus eram, non interfui, ut de ratione decretoria nihil adfirmare liceat, nedum ut inde colligendum sit, displicuisse prædictam Juris regulam fundamentalem.

8. Quando juxta hæredem ex rebus certis, cohæres simpliciter vel ex parte assis est scriptus, cum, qui ex rebus institutus est, quasi legatarium, nihil quam res adsignatas capere, dictum alias, & notum est ex *l.* 13. *C. de Hæred. Inst.* Quod si cohæres deficiat, cum ipsum institutio fecerit hæredem, jus accrescendi non potest ei negari, *ut Dd. commun.* teste Bachovio *vol.* 2. *ad Treutl. Disp.* 12. *th.* 1. *lit. A.* & *comm. ad* §. 5. *I. de Hæred. inst. n.* 11. Wissenbach. *ad h. t. th.* 8. Verum quid si res certæ, ex quibus institutus est, non sint in ejus commercio, ut illas capere non potuerit, adeoque nullum hæredis effectum habuerit, an tunc etiam deficiente cohærede, ex ejusmodi rebus certis scriptus, jure accrescendi deficientis portione gaudebit? Ratio, in hoc vertitur, an hæres ex re certa scriptus, si rem illam

(b) *Pos.* 2.

illam capere non possit, hæres esse desinat. Quod negandum videtur. Etenim Hæreditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet. *l.* 50. *de Hæred. pet.* Ac ita notabiliter judicatum in Curia nostra Suprema, facti specie tali; *Christina Lanting* hæredem sibi scripserat sororem *Berechtiam* ex bonis in Transisulania sitis, ubi res soli non possunt exteris testamento relinqui, ut in ea lite supponitur. Ideo qualitas hæredis nullam in ea corpus habebat. Cohæres, qui reliqua bona testamento acceperat, defecit, ante Testatricem mortuus. Proinde Berechtia totam ejus portionem jure accrescendi tanquam hæres e testamento occupaverat. Hanc ab illa hæredes legitimi petebant; Sed repulsam tulerunt, arbitrata Curia jus accrescendi habere locum. *d.* 3. *Februar.* 1643. φιλονομικῶς. De eo quod obstat, videbimus *ad tit. de Adquir. hæred.*

9. (c) Quod juris est in institutione ex rebus certis, id etiam obtinet in usufructu. Qui solus hæres scriptus est ex usufructu, is habet totam hæreditatem, *d. l.* 9. §. 13. juncta *l.* 74. *h. t.* Mantic. 4. *conjectur. ult. volunt. tit.* 5. *art.* 1. Fachin. 4. *controv. c.* 17. Wissenb. *h. t. th.* 13. Nec hoc ab usu Fori remotum, quidquid Juris censores contradicant. In Curia nostra sic judicatum, in causa *Titiæ Thomæ uxoris D. Suffridi Saekma*, *Prætoris in Dantumadeel*, *contra Regnerum in Simonem Gerhardos.* Pater Titiæ hæredem illam scripserat ex usufructu omnium bonorum suorum, administratione penes Regnerum & Simonem mansura, post mortem ejus vocabantur proximi ad tertium usque gradum cum prohibita alienatione. Titia est declarata hæres ex asse, manente tamen fideicommisso & administratione, præter Legitimam & Trebellianicam, quæ statim liberæ præstari sunt jussæ. *d.*16. *Jul.* 1640. Hæc decisio continet aliam quæstionem, quid juris sit, quando hæres ex solo usufructu institutus, & post mortem ejus, alius hæres scriptus est. Trifariam heic sentire interpretes refert D. Wissenbach. *ad h. t. th.* 13. σκεπτικῶς Nobis verior videtur quarta sententia, hæredem ex usufructu statim hæredem esse, cum onere fideicommissi pro altero, si is supervixerit; si moriatur ante hæredem ex usufructu, hic in solidum hæres erit, ratione mox reddenda.

SCHOLIUM.

Dissent. Wissenb. d. l. *Mihi videtur distinguendum, an alius ille in eodem testamento fuerit hæres scriptus, an vero in posteriore testamento. Isto casu facio cum Wissenbachio Molinæum secuto; adjectum usufructuario solum esse hæredem adeoque hæreditatem transmittere, etiamsi non supervivat post mortem fructuarii. Hoc vero casu sentio cum auctore*, argumento §. 3. Instit. Quibus mod. test. infirm.

RESPONSIONI sequentia servient, ex quibus distinctio *D. Thomasii* corruet. Est hæc usus frequentissimi species. Nobis alia non videtur esse ratio ususfructus, quam rei certæ, ex qua hæres aliquis institutus sit. Qui autem ex re certa solus hæres est institutus, ille fit hæres ex asse, ut modo demonstratum est; nisi hæres rei certæ habeat cohæredem. *l.* 13. *C. h. t.* Sed qui post mortem hæredis vocatur, is est substitutus vulgaris, aut fideicommissarius. *l.* 64. *de legat.* 2. & *l.* 14. *C. de fideicomm.* Proinde non fit hæres, nisi alter non fiat, aut desinat esse hæres, nec prius habet jus hæredis, ut de omnibus substitutis constat. Wissenbachius Molinæum secutus, & Thomasius, eum, qui post mortem prioris hæredis vocatur, appellant *adjectum*, suo arbitratu: cum qui post alium vocatur, sit verissime *substitutus*. In hoc adeo, nisi fallor, cardo hujus rei vertitur, substitutus sit, qui post mortem vocatur, an cohæres. Tertium non datur; Adjectus ille, si est alius ab his duobus, est commentitius. Atqui substitutum esse, tam clarum est, quam quod hæres ex usufructu est hæres, & qui post mortem ejus vocatur, non est simul cum illo hæres. Rectissime igitur in prædicta specie Curia nostra, nec aliud in consulendo judicandoque sequendum videtur. Effectus rei in duobus maxime consistit, in detractione Trebellianicæ, quam haberet in illa specie hæres ex usufructu, ut gravatus fideicommisso consideratus; & in jure transmissionis, si moriatur ante hæredem ex usufructu.

N. ADDIT.

Acceptamus, eum, qui in usufructu est institutus, convenire cum eo, qui in re certa est institutus, si nempe solus sit. Quod si ita dictum sit: Titius hæres esto quoad usumfructum. Post mortem Titii Cajus hæres esto, *idem esto ac si testator dixisset. Titius & Cajus hæredes sunto, Titius quoad usumfructum, Cajus quoad proprietatem. Imo si & hic comparare velis Titium in usufructu institutum, cum hærede in re certa instituto, constat tamen ex* l. 13. C. h. t. *quod si hæres in re certa institutus habeat cohæredem, habeatur pro legatario. Idem & hic de Titio dicendum. II. Eum, qui post mortem hæredie*

(c) *Pos.* 3

dis vocatur, concedimus esse fideicommissarium, si heres proprietatem rei hæreditariæ habeat. At si usufructus ei relinquitur, conjectura alio ducit. Unde saltem contradictionem suam repetit & constantiam pristinæ opinionis testatur Auctor, dum dicit: substitutum esse, (*illum quem adjectum dicunt*) tam clarum est, quam quod hæres ex usufructu est hæres, & qui post mortem ejus vocatur, non est. *Mihi enim & Wissenbachio contrarium potius utrobique clarum videtur.*

Hæc aliter se habere dixerim, si testator usumfructum leget, aut generali verbo *relinquat* alicui: post mortem autem, scribat alium hæredem. Nam etsi, ut dictum *alias*, vocabulum *relinquere*, adscribere, *maken* vernacule, atque hæredis institutio, usu hominum quandoque promiscue accipiantur, quando tamen de formula seu discrimine legandi & hæredem instituendi quæritur, nullo modo confundi possunt. Sed tum qui hæredes instituuntur, ubi alii non extant hæredes, statim fiunt hæredes, ne offendatur regula legis 7. *de R. J.* In sermone vernaculo tentavimus aliquid esse discriminis, utrum hæres instituatur ex usufructu, an ad vitam, *part.* 1. *Jurisp. hodiern. lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 2. quod heic non prosequemur, nisi quod verba *ad vitam* hæres, altis post mortem vocatis, magis exprimunt fideicommissariam substitutionem, quatenus in vulgi usu nihil frequentius est, quam verba *ad vitam* adhibere fideicommissariis, æque ac fructuariis. Attamen apud Nautam nostrum sic judicatum reperio, cum uxor hæres *ad vitam* instituta esset, atque post ejus mortem alius hæres scriptus, non dari primo hæredi detractionem Trebellianicæ, semel in *causa Agatæ a Velsen, contra Scipionem Bokema d.* 15. *Jul.* 1636. etsi addat relator judicati Nauta, inter partes super Trebellianica fuisse transactum. Rursus in *causa Ids. Fockes cum soc. contra Breuterik Rinses ut Curatorem &c.* quamvis in hac specie uxori ad vitam institutæ, data fuisset potestas alienandi; quo casu res minus dubii habere videbitur, quia cum potestas alienandi addita est usuifructui, quamlibet legato, fit transformatio ususfructus in proprietatem cum onere fideicommissi, ut probavimus *ad tit. de usuf. n.* 8. *pag.* 081. *part. præced.* ac ita in terminis a Curia nostra judicatum est, apud Sandium *lib.* 5. *tit.* 3. *def.* 4. scilicet, *Usufructuarium, cui data est potestas alienandi & bona minuendi, alio post mortem ejus scripto hærede, esse habendum pro hærede fideicommisso gravato.* Hanc in istis exemplis Nauta non negat fuisse Curiæ sententiam. Proinde quod Trebellianicam ait esse negatam, factum ideo fortasse, quod per fructus pridem consumpta fuerat. Atque hæc auctoritas, juncta priori exemplo judicati pro *Titia Thomæ*, quæ fuerit olim Curiæ nostræ sententia, satis demonstrat. Paulo aliter Peckius 5. *de Testam. conjug. c.* 18. *n.* 2. Mantic. 4. *conject.* 5. *art.* 5 *n.* 7. Gail. 2. *obs.* 143. *n.* 5. Wissenb. *loco citato*.

10. (d) Postremo ad articulum de rebus, pertinet casus *Legis* 13. *de Liber. & posth. hæred. inst. vel exhæred.* quem vide sis in texto. Sed adde temperamentum ex. *l.* 32. *C. de Inoff. testam.* Scilicet, ne unquam filia minus habeat Legitima.

SCHOLIUM.

Ex mente igitur JCti in d. l. 13. *Filia debet accipere septimam partem, v. g. si hæreditas consistit in* 1200. *thaleris, tunc ad filiam spectabunt* 171. *Ex temperamento vero* d. l. 32. *accipiet sextam partem,* 200. *thaleros. Cui igitur summa ista excedens detrahenda est? An filio? An uxori? An utrique pro rata? Puto utrique.*

11. (e) Sequitur modus instituendi hæredis, de quo actum ad *Instit. h. t.* & agetur *inferius ad tit. de Condit. Institut.* Præterea ad modum instituendi pertinet captatoria institutio, quæ est, cum quis scribit hæredem, ut ipse vicissim scribatur, * quomodo accipienda *l.* 70. *h. t.* (4) ex qua patet, in *l. præced.* non tradi definitionem captatoriæ, quod sit ea, quæ in alienam voluntatem confertur; nam hæc alio nomine prohibita est. *l.* 32. *h. t.* Sed mens est, captatoriam non esse, quæ ex honesta & reciproca affectione fit, verum quæ dirigitur ad aucupandum successionem ejus. de cujus voluntate nobis non constat. adde Wissenb. *disp. ff.* 56. *th.* 16. Denique in arbitrium alterius collata institutio, nullius momenti est. *l.* 32. *h.* Quanquam hæres sub conditione, quæ ab alterius arbitrio pendet, recte instituitur. *l.* 68. *h. t.* & *l.* 52. *de C. & D.*

TIT.

(d) *Pos.* 12. (e) *Pos.* 9. 10. & 11.

(4) *De Captatoriis institutionibus extat elegantissimum viri Amplissimi Cornelii van Bynkershoek opusculum inter opusc. varii argum.* 1. *in quo omnia juris capita, huc pertinentia, perspicua brevitate exposuit.*

* *Vera captatoriæ institutionis formula, videtur extare in l.* 1. *ff. de his quæ pro non scriptis habentur: Qua ex parte me Titius Hæredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte hæres esto, de qua pluribus vide Ill. Thomasium in dissert. de captatoriis Institutionibus, Halæ* 1696.

TIT. VI.

De Vulgari & Pupillari Substitutione.

I. Remissio, & quæstio, an casus unus trahatur ad alterum. II. Quatenus heredum parentes per substitutos excludantur. III. Casus, quo hæres instituti excludit substitutum, disceptatur. IV. Casus secundus. V. Casus tertius refellitur. VI. Quartus casus disp. & quintus remissive. VII. Non recte poni ut requisitum substitutionis Pup. Aditionem hereditatis. VIII. Subst. vulgarem non tollere suitatem. IX. Esse, qui substitutiones vulgares & pupillares scribunt usu esse abolitas. X. Contrarium demonstratur a forma. XI. Ab effectu. XII. Differentia effectus inter vulgarem & fideicommissariam, exemplo demonstratur. XIII. Minorem tamen usum esse pupillaris substitutionis. XIV. An detur quintum genus substitutionis, a vulgari, pupillari, exemplari, fideicommissaria distinctum. XV. Conclusio.

(a) DE utraque substitutionis specie actum est ad *tit. Inst. & Substitut. vulg.* & *ad tit. de pupill. subst.* ubi, sis, vide. Sub forma vulgaris substitutionis, *si hæres non erit*, monuimus, tres comprehendi casus; si primus hæres ante testatorem moriatur, si postea nolit, vel non possit. *tit. I. de vulg. subst. n.* 1. Quando testator formula communi usus est, *si hæres non erit*, substitutus admittitur, quicunque de tribus illis casibus extiterit. Sed cum Testator unum eorum casuum expressit, ut *si primus hæres nolit*, & dein mortuus sit, antequam *posset*, substitutio evanescit, ut videtur, quia casus isti realiter discrepant, *arg. l. 10. de lib. & post. hæred. inst. vel exhære l.* ubi: *si alteruter casus omissus fuerit, eo casu qui omissus sit, natus rumpit testam. L. 101. pr. de C. & D.* verb. *Si ei Procula defuncti filia nubere noluisset: Quare cum ea prius quam viripotens fieret, vita decesserit, conditionem extitisse non videri. L. 21. h. t.* ubi *in fine*: Non enim videtur *in hunc casum substitutus.* Adde *l. ult. C. de Institut. & substit. l. 22. in pr. Solut. matrim.* In quibus locis, non quidem eædem factorum species referuntur, ut Struvius *hic. n.* 15. argumentatur, sed, omnes in hoc conspirant, casum unum non esse producendum ad alium, verbis sensuque diversum, ut heic fieret manifesto. vid. Treutl. *vol.* 2. *disp.* 11. *th.* 6. ibidem Bachov.

SCHOLIUM.

Mihi videtur contrarium cum Struvio h. t. th. 13. & Eckolt. th. 7. *Consentientes Auctori vide ap. Schulz.* in comp. h. t. p. 356.

RESPONSIO.

Apud Struvium citantur in contrarium Lex 3. h. t. l. 22. ad Sc. Trebell. l. 15. Sol. matrim. *Prima nihil habet, nisi forte contrarium. Erit igitur lex* IV. *ubi celebris illa productio casus pupillaris ad vulgarem, & vulgaris ad pupillarem, de qua nos egimus ad* tit. I. de Subftit. pupill. n. 3. *Dabimusque Struvio quod postulat, si parem textum & functionem pro extensione casus, si non* possit, *ad casum*, si nolit, *& vice versa, proferre queat: per constitutionem expressim fieri posse tales productiones, intelligimus. Interpretum eas esse, negamus.* Lex 22. *&* lex 16. *tam parum ad rem faciunt ut fere in his quoque suspicer mendis. Unica sententiæ oppositæ ratio est, quod utraque substitutio*, si nolit, si non possit, *in eum finem fiat, ut defunctus habeat substitutum, si primus heres non sit, qui finis est communis utrique casui controverso. Sed respondetur, illum finem recipere divisionem in voluntate Testantium, juxta diversos eventus. Si finem illum generalem simpliciter respexisset testator, verbis generalibus usus esset*, si hæres non erit. *Quando autem specialibus usus est, his generalem addere sensum, non est, inquam, interpretis. Tertia Struvii ratio nihil concludit.* Casus, *inquit*, *si* hæres esse noluerit, oppomitur illi, si hæres esse voluerit: non vero intelligitur voluntas nuda, sed efficax: Illius vero voluntas, qui non potest esse hæres, plane est nulla. *Sufficit hoc, ut is cujus nulla fuit voluntas, dicatur non implesse conditionem*, si noluerit. *Plane si verba sensumque verborum intueamur, sunt he* con-

(a) *Pos.* 1. 2. & 3.

conditiones diversæ, quas sine Lege speciali, quæ deficit, non licet facere promiscuas.

N. ADDIT.

Ratio sententiæ nostræ hæc est. Testamenta sunt explicanda ex mente Testatoris. Concedit Auctor, conditionem, si hæres non erit, comprehendere casum utrumque: Si hæres esse nolit, aut si hæres esse non possit. Ratio, quia testator, dum alium primo substituit, primum magis diligit quam substitutum, adeoque haud dubie vult substitutum in utrumque casum admitti. Jam igitur est quæstio, si testator dixerit: Titius si hæres esse nolit, aut altera formula, si hæres esse nequeat, Cajus hæres esto, an testator substitutionem voluerit saltem ad unum casum restringere? Non videtur, nisi aliæ conjecturæ aliud suadeant. Nam certum est & hic, testatorem magis dilexisse institutum, quam substitutum, sed substitutum tamen magis quam hæredes ab intestato. Et qui vult adeo substitutum esse hæredem, si institutus esse nolit, is non præsumitur hæredes ab intestato amare cœpisse præ substituto, si institutus hæres esse non possit; aut vice versa. Quid enim hæ conditiones facerent ad excitandum amorem erga hæredes ab intestato, aut ad extinguendum amorem erga substitutum? Sed cur tamen, inquies, testator unum saltem casum expressit? Haud dubie, quia alterum casum non extiturum putavit, v. g. Senex Juvenem instituit, cujus mortem ante suam mortem extituram non opinatur, multo minus causas metuendi habet, eum deportatum iri. Hoc intuitu ergo saltem dicit: Si heres esse nolit. Certum autem est hoc casu, si amicus eum tempore conditi testamenti admonuisset: Quid si vero Titius hæres esse non possit, eum non fuisse responsurum, tum volo, ut heredes ab intestato sint, sed se tum multo magis velle substitutum succedere. Similiter, si quis hominem ætate magis provectum, de cujus amicitia nullum habet dubium, hæredem instituat, aut si etiam tempore testamenti conditi testator sit homo dives, qui non habeat causam timendi, quod quis heres ejus esse nolit, & hæredi primo substituat apposita conditione, si hæres esse non possit, iterum haud dubie non responderet quærenti, quid vellet, si hæres primus hæres esse nolit: volo, ut tum heredes ab intestato succedant, sed volo & tum, ut hæres substitutus hæreditatem habeat. Quare cum sententia hæc ex rei natura & voluntate testatoris descendat, non opus est, ut ullo textu corroboretur, sufficit, quod Auctoris opinio contraria non extet in textibus. Nam argumenta, quæ pro se ex aliis legibus adduxit, ubi haud dubie in aliis casibus & conditionibus, conditio voluntatis & impotentiæ jure suo pro diversis habentur, nihil concludunt, cum in istis casibus plane sint diversæ a præsenti quæstione rationes. Interim graviter pro nostra sententia facit argumentum l. 4. h. t. Nam si Imperatores in casu substitutionis vulgaris & pupillaris, (ubi tamen de voluntate testatoris ob duplicitatem testamenti in pupillari substitutione, & alias causas, non contemnendæ suberant dubitandi rationes) voluerunt, ut una alteram comprehendat, quis jam dubitet, quod in vulgari casus unus expressus, non contineat tacite alterum casum omissum, præprimis cum de eo casu nemo dubitaverit, nec ob evidentiam rei hactenus expositam dubitare potuerit, ut adeo non opus fuerit decisione Imperatoria in negotio aperto? Hinc cadit Auctoris postulatum, quod pro sententia nostra debeamus afferre constitutionem, cum interpretes talia definire nequeant. Cur enim interpretes non definirent quæstionem, cujus definitio pendet a conjectura moraliter certa de voluntate defuncti? Imo etiamsi quæstio fuerit valde dubia, cur Interpretum definitio non idem valeret, si rationabilis sit, quam interpretatio principis, (utique apud JCtum rationalem?) Nam si ad omnia dubia JCtorum & dissensiones semper necesse fuisset accedere constitutiones Imperatorias, fere totæ Pandectæ nullius essent usus.

2. (b) In utrisque substitutis habet etiam locum regula, quod successio legitima cesset, quamdiu testamentaria speratur. *l. 70. de Adquir. hered.* Unde sequitur, matrem hæredis instituti a substituto excludi; quod etiam obtinet in pupillari, ne legitima quidem excepta, *l. 8. §. 5. de Inoff. test.* respectu matris scilicet, qua de re scripsimus ad *tit. de Inoff. testam. P. 2. n. 7.* idque etiam in tacita pupillari juris esse, probat D. Wissenb. *th. 28. h. t.* Contrarium tamen jure Saxonico receptum esse monet Thomasius in *schol. ad posit. 4. h. t.* Pater quoque hæredis instituti, cedit substituto, per *d. l. 70. & l. 39. eod.* nisi filius repudiet hæreditatem delatam, quo casu pater quasi ex testamento immediate vocatur, *l. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.* ubi non modo filius, sed etiam, nolente eo, Pater in cujus potestate est, jus succedendi habet. Verba, *Si hæres non erit*, in eo quidem ait Imp. *§. ult. Inst. de vulg.*

(b) *Pos. 4. 5. & 6.*

vulg. subst. quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur; Si nec ipse hæres erit, neque alium hæredem effecerit, Patrem scilicet, si filiusfam. institutus sit. (†) Unde probatur, quod Pater, quando adquirit hæreditatem, vi institutionis a Testatore factæ eam adquirat, ac ita non modo legis, sed testamenti quoque sententia fretus est. Dissent. D. Wissenbach. aliique ab eo citati, *parte* 1. *Pand. disp.* 56. *th.* 17. (1).

S C H O L I U M.

Momentum controversiæ in eo consistit, an d. l. ult. *extendenda sit ad casum, quo Filius substitutum habuit? Negat Wissenb.* d. l. *non improbabiliter.* Conf. Struv. & Eckolt. dd. ll.

(†) *Supple*: *& adierit. Wissenb.* d. l. *Quo pacto Auctoris, quod statim sequitur, UNDE &c. evanescit.*

R E S P O N S I O.

Illud supplementum heic usu non venit, quia non quæritur de eventu aditionis, sed de voluntate testatoris, quem is vocasse censeatur. Quando vocavit filiumfam. cujus pater in casu repudiationis jus filii habet, eundem, si filius repudiet, vocasse videtur. Ac ita ratio oppositæ opinionis, quod pater ex lege, substitutus e Testamento veniat, convellitur, Nostrum autem Unde &c. consistit.

N. A D D I T.

Me vero ista non persuadent. Credo, quod illud supplementum Auctori usu non veniat, quia evertit ejus intentionem. Et si omittatur istud supplementum, quod tamen d. §. ult. Inst. *supponit, tum Auctor probat idem per idem, quia tum æque in quæstione est, an filius institutus, patrem hæredem faciat, si non adierit, vi patriæ potestatis, de qua* §. ult. *iterum intelligendus) ac in quæstione est, an* d. l. ult. *extendenda sit ad casum, quo filius substitutum habeat. Reliqua Auctoris omnia petunt principium.*

3. (c) Sunt & alii casus, quibus hæres instituti potior est substituto; quoties scil. hæreditas non adita transmittitur in hæredem, modo tum primus hæres testatori superstes fuerit, cum alioqui non possit fieri transmissio. Talis casus videtur; quando Pater suo hæredi vulgariter substituit; nam hoc ipso, quod filiusfam. superstes fuit, patri hæres est factus. *l.* 14. *de Suis & legit. hæred. & l.* 11. *de Liber. & post. hæred.* utique si non abstinuerit. Quippe substitutio vulgaris non tollit suitatem, ut mox intelligemus, etsi vulgo aliter Dd. Ad objecta respondet Struvius *h. tit. n.* 17. Sed alius mihi scrupulus sedet; Quando Pater substituit filio pupillariter, si tum hic post patrem quocunque tempore moriatur, substitutus haud dubie, excluso hærede legitimo filii, venit. Sed vulgaris expressa continet pupillarem tacitam, & hujus vim ac potestatem habet, *l.* 4. *h.* Ergo filiusf. cui vulgo substitutum est, post patrem mortuus non transmittit hereditatem in legitimos hæredes, quia vi tacitæ pupillaris etiam vocatus intelligitur in casum, si *hæres erit, sed ante pubertatem morietur. d. l.* 4. juncto *pr. Inst. de Pupill. subst.* Si hæc ratio valet, ut mihi videtur, casus hujus theseos referendus est ad liberos non suos, qui jure novo jus immediatum transmittendi habent. ex *l. un. C. de his, qui ante apert. tab. l.* 11. *C. de Suis & legit. hæred. l. un.* §. 5. *&* 13. *C. de Caduc. toll.* Hi non sunt capaces substitutionis pupillaris, quæ patriam potestatem supponit, ideoque nec regula, quod vulgaris expressa tacitam pupillarem continent, ad illos pertinet.

4. (d) Alius casus est in *l.* 84. *de Adquir. hæred.* (†) ubi filiusfam. non potuit adire; quamdiu venter præteritus non est editus. Nam si interea moriatur, hæres ejus substituto præfertur, ideo, quod hæreditas necdum delata fuit; at primo hærede mortuo, ad secundum institutio propagata fuit. *d. l.* 84.

S C H O L I U M.

(†) *In quo Wissenbach. etiam hæredem instituti substituto præferri asserit, quod Auctor hic quidem probat, sed alium a priori casu hic contineri statuit, quod agnoscimus. Ceterum uti Wissenbachius ab hoc ad priorem casum non argumentatur, ita differentia, quæ est inter hos duos casus, tanta haud est, ut identitatem decisionis labefactet.*

R E S P O N S I O.

Nulla discrepandi a Wissenbachio hac parte causa vel animus fuit, secus ac in seq. exemplo.

N. A D D I T.

Bene est, si Auctor hic a Wissenb. non dissentit, quod putandi tamen causam habebam, quia in positionibus præcedebat casus, quem jam tractat Auctor in n. 5. *ubi a Wissenbachio utique dissen-*

(c) *Pos.* 7. 8. & 10. (d) *Pos.* 9.

(1) *Quos merito dissentire puto. Dissentit quoque Vinnius ad* §. ult. inst. de vulg. substit. *ubi rationes Duareni contra sententiam refutat.*

Jenit, *& cum in* positione 9. *respondere voluisset ad rationem Wissenbachii*, *tum incipiebat positio* 10. Rursum aliud est in casu l. 84. de adquir. hæred. *Per hoc rursum seductus sum, ut crederem*, *adhuc eum velle continuare responsiones contra Wissenbachium*.

5. Idem juris esse, tradunt Wissenbachius ad *d. tit. de Hæred. instit. th.* 19. & pleniore manu Struvius *d. th.* 17. *Q.* 3. cum extraneus hæres deliberans est mortuus, quasi & tunc vulgariter substitutus excludatur, eo quod deliberandi jus ad hæredem transmittitur, *l. un.* §. 13. *C. de Caduc. toll. l.* 19. *C. de jur. delib.* quam sententiam communiter receptam Struvius adfirmat, ut tamen nec pauciores, nec ignobiliores memoret dissentientes, quos inter Vinnius ad §. *ult. Inst. de vulg. substit.* Ex rationes Juris probandum videtur contrarium, Quando enim hæres extraneus deliberans decessit, exsistit casus, *si hæres non erit*; quia verum est, deliberantem non fuisse hæredem, quo casu substitutus vocatur expressa voluntate defuncti, eum jus illud transmissionis sit ex lege tacitaque defuncti voluntate (in positione 9. irrepsit, *expressa*, quod & Thomasius in Scholio advertit) & præterea non transmittitur jus hæredis, sed jus deliberandi. Atqui substitutus non excluditur per deliberationem, sed per aditionem sive existentiam primi hæredis, quæ heic nulla fuit. Struvius adhuc utitur arg. *l.* 3. *in pr. C. de jure delib.* quæ agit de suo hærede jus suum transmittente in filium, cui proinde fratrem defuncti cedere oporteat, quod ab hac quæstione est alienissimum. Thomasii scholiis *h. t. ad d. posit.* 9. ex prædictis abunde satisfactum est.

N. ADDIT.

Videbimus, sed postquam in integrum prius restituerimus scholia, de quibus est quæstio, quod hic commode fieri nequit, sine appositione positionis.

Positio 9. *Idem juris vulgo esse traditur* (D. *Wissenbach.* ad tit. ff. de hæred. inst. th. 19.) *cum extraneus hæres deliberans decessit*, *quasi & tunc vulgariter substitutus excludatur*; *sed contrarium verius videtur*, *quia institutus non adiit hæreditatem*, (g) *& transmissio juris deliberandi, de qua in* l. 19. C. de jur. delib. (h) *venit ex voluntate defuncti expressa*; (i) *& hæres primus hoc casus defecit, neque factus est hæres, quod ad substitutum excludendum requiritur*.

(g) Nec tamen dici potest, quod non adierit, aut repudiaverit, qui jus deliberandi ad hæredes transmittit. Substitutus autem tunc demum venit, si hæres scriptus hæres non erit.

(h) Quam nimirum dissentientes Wissenb. & Struv. *dd. ll.* urgent.

(i) Si hæc est responsio ad objectam Auctori *l.* 19. dicam eam potius pro Wissenbachio militare. Si enim transmissio venit ex voluntate defuncti expressa, etiam ex eadem expressa voluntate hæres instituti præfertur hæredi substituto. Fortassis igitur Auctor contrarium dicere voluit, & scilicet: *Substitutum vocari ex voluntate testatoris, transmissarium autem ex lege, adeoque hunc ab illo excludi, vel d. l.* 19. *limitandam esse, ut non procedat in casu, si institutus substitutum habeat*. Est hæc responsio non nullius momenti, similem enim Wissenbachii responsionem *ad l. ult. C. de bonis quæ liber.* approbavimus *ad posit.* 5. Sed facile tamen regeri potest, 1. Quamvis transmissarius ex lege vocetur, non tamen vocari contra voluntatem testatoris, sed rationem legis niti in voluntate defuncti præscripta. 2. Quid hic loco non destituamur extensione authentica ipsius Justiniani *in l. un.* §. 5. *&* 13. *C. de caduc. toll.*

His præmissis firmum manet Scholium (*lit. g*) *positum*. *Nam conditio si hæres non erit, resolvitur in duos casus*: *Si hæres esse nolit*, *&*, *si hæres esse non possit*. *Prior casus non exstitit*, *quia noluit contrarium*, *imo impetrando spatium deliberandi jam magis inclinavit ad voluntatem*, *quam voluntatem*. *Neque enim dici potest, casum, si non possit, hic non obtinere, postquam lex jus deliberandi defunctis hæredibus concessit, ut adeo, si ipsi adeant, ex hoc beneficio legis censeatur defunctus ipse adiisse. Deinde verum quidem est*, *quod expressa voluntas contraria præcedit voluntatem tacitam contrariam*, *sed partim hic in quæstione est*, *an expressa voluntas substitutionis obtineat in hoc casu*, *de quo quæstio est*, (*ita ut si regula recte debuisset applicari*, *oportuerit ita scriptum esse in testamento*: *Si Titius hæres non erit, etiamsi tempore deliberationis moriatur*, *Cajus hæres esto*. *Tum vero haud dubie Cajus excludet Titii hæredes*;) *partim hic non agitur de voluntate tacita*, *sed de voluntate a lege præsumpta*, (*ut jam notavi in Scholio lit.* i.) *cujus fortior efficacia quam voluntatis tacitæ*, *per ea*, *quæ latius supra notavimus de differentia voluntatis tacitæ & præsumptæ*, in nova addit. ad tit. de procurat. & defens.

6. Pa-

6. Postremo quæritur, si primus hæres sit minor, isque adierit hæreditatem, an si postea restituatur, substitutus admittatur quasi hæres non fuerit, an legitimus vocetur, quia primus hæres fuit & substitutio simul expiravit. Pro substituto, ut communiore sententia, differit Struvius *d. th.* 17. Contrarium tenet Zoes. *ad h. t. n.* 15. Perezius *ad h. tit. C. n.* 7. aliique, in utramque partem citati a Struvio. Ex ratione juris, non videtur substitutus admitti, quia minor semel hæres factus est adita que hæreditatem, quo facto vulgaris substitutio expirat. *l.* 5. *C. de Impub. & al. subst.* Nec quidem secuta restitutio facit, ut hæres esse desinat. *arg. l.* 43. §. 3. *h. t. l.* 8. *in fin. de Adquir. hæred.* In effectu quidem amittit bona & actiones, adeoque jus hæredis, perinde ac si mortuus esset minor, qui ab aditione restituitur: Sed cum neque post mortem, aditione semel commissa, substituti jus reviviscat, nihil est causæ, cur id per restitutionem fieri dicendum sit: plura *laudati auctores*. (2) Casum alium qui est in §. *ult. I. de vulg. subst.* & *l.* 42. *de hered. inst.* satis *ad d.* §. *ult.* prosecuti sumus.

7. (e) Wissenbachius noster, secutus nescio quos, *th.* 24. *ad h tit.* requisitum pupillaris substitutionis inculcat, *quod aditam oporteat esse hæreditatem ex testamento paterno*, alioqui pupillariter substitutum non admitti ad successionem; quod etiam totidem verbis in *l.* 2. §. 1. *h. t.* ab Ulpiano sit scriptum. Id tamen ut præceptum generale positum, a terminis juris alienum est, quia pupillaris substitutio non convenit, nisi filiis in potestate positis, qui nunquam *adeunt*; hoc enim extraneorum est. § *ult. Inst. de Hær. qual.*

S C H O L I U M.

Immo non est a jure alienum. Nam revera Auctor a Wissenbachio non dissentit, nisi in his paucis. Wissenb. regulam format; Aditam esse oportet hæreditatem ex testamento paterno, ut valeat substitutio pupillaris; *scilicet*, Si pater instituerit extraneum hæredem. *Excepit postea ab hac regula*; Si suus hæres quis patri extiterit, *& nimirum fuerit institutus. Auctor contra in posit.* 11. hic *exceptionem Wissenb. loco regulæ ponit, & regulam loco exceptionis, quod in præsenti quidem casu perinde esse arbitror.*

R E S P O N S I O.

Non magnæ operæ pretium est in hoc ipso esse. Sed quia Præceptoris nostri labores Auditorum nostrorum manibus teruntur, monendos putavi, ne in principia juris impingerent, aut se intricarent. Si quod Thomasius addit, a Wissenbachio additum fuisset, admonitione opus non fuerat. Præceptor ille noster regulam ponit generalem, verbis generalibus de substitutione pupillari. Hanc vult Thomasius intelligi de casu, Si pater instituerit extraneum hæredem, *qui casus exceptus & rarus. Ab hac tamen regula de casu extranei hæredis instituti laudat Wissenbachium excipientem casum,* si suus hæres testamento sit institutus; *Sic enim habent verba Wissenbachii excipientis. Quid magis ἄτοπον, ne dicam contradictorium? Ut ex* seqq. *patet.*

N. A D D I T.

Initio non bene fecit Auctor, quod scholia nostra truncaverit & plurima omiserit, tam ad præcedentia textus verba, quam ad ea, quæ in hac controversia sequuntur, pertinentia, quæ itaque coacti sumus, ad vim disputationis eo fortius imprimendam, jam per modum novarum additionum adjicere. Ad præcedentia pertinent hæc duo. Ad verba: Quod pupillaris Substitutio non conveniat, nisi filiis in potestate positis, *dixeram: Sed tamen non necesse est, ut hi instituantur, sed possunt exhæredari; & extraneus institui, & ad verba*, qui nunquam adeunt: *quod supposito isto casu, extranei aditio non sit necessaria. Nunc videamus, quid Auctor respondeat. Ubi* 1. *obscuritas Wissenbachii postulabat quidem admonitionem, qualem ego dedi, sed non correctionem & contradictionem, præprimis cum vix subsit obscuritas.* 11. *Quod vero addit Auctor, contradictorium esse, quod dixerim, Wissenbachii regulam intelligendam esse de hærede extraneo, & tamen simul laudaverim exceptionem ejusdem de suo hærede, aliquid inferret, si dixissem, regulam Wissenbachii expresse mentionem facere extranei, tum enim exceptio non foret de casu regulæ. At cum dixi, regulam Wissenb. esse exponendam de extraneo, adeoque casum extranei tacite subintelligi, nulla est contradictio, quod limitationem regulæ fecerim de suo hærede. Nam limitatio regulæ testatur de sensu ejusdem.*

Etsi

(e) *Pos.* 11.

(2) *His adde Barth. Chesium, qui lib.* 2. interpret. jur. cap. 11. *probat ne quidem substitutum admitti, si suus hæres se abstineat, quæ etiam est sententia Theophili* pr. inst. de pup. substit. *Textum autem in* l. 44. de re judic. *exponit Vir acutissimus, de casu quo bona ad substitutos pervenerunt, non vi vulgaris substitutionis quæ facta fuit pupillo, sed de casu quo substitutus fuit cohæredibus pupillo, quibus repudiantibus, substitutus eorum portiones agnovit. Quo casu, si postea pupillus se abstineat, optio ei defertur, ut aut totum agnoscat, aut a toto recedat.* l. 51. de adquir. vel omitt. hæred.

Etsi enim adeundi verbum improprie sumptum dicas, pro *miscendi*, † ne ita quidem procedet ea regula, quia immixtio hæreditatis non requiritur ad effectum pupillaris Substitutionis. Perinde enim est, utrum filius abstineat, an agnoscat. ad *tit. Inst. de pup. subst. n.* 4. *pag.* 201.

N. Addit.

† *Non opus est hoc effugio, ob dicta in scholiis præcedentibus.*

Et tamen, quod mireris †, iidem Auctores (*d. thes. Wissenb.*) ab hac regula; *Aditam oportet esse hæreditatem, ut valeat substitutio pupillaris*; excipiunt casum inter alios, *si suus hæres testamento sit institutus*; Etenim me aut omnia fallunt, aut substitutio pup. nunquam habet locum, nisi in hæredibus, †† qui sunt in potestate Testatoris; prorsus ut illa regula & exceptio præposteræ videantur.

N. Addit.

† *Cessabit & hæc admiratio, si scholia præcedentia perpendas.*

†† *Habet tamen etiam locum, si hi hæredes exhæredentur, quod pro Wissenbachio sufficit.*

At Ulpiano quid faciemus in *d. l.* 2. §. 1.? Diximus, quam Ulpianus ibi proponit, hanc esse exceptionem. Nempe Regula sit talis, In substitutione pupillari nihil refert, utrum filius institutus se misceat, an abstineat. Exceptio hæc; Quod si pater priore loco extraneum fecerit hæredem, aut cohæredem, filioque tamen substitutum dederit, ut facere potest, §. 4. *I. h. t.* tunc non valet pupillaris substitutio, nisi adita sit hæreditas. Agere Ulpianum † de casu, quo Pater extraneum instituit, primo liquet ex verbo *adeundi*; Dein quia tractat in *d.* §. 1. hanc quæstionem, an Pater possit sibi æque ac filio, separatim scribere hæredes; Quæ quæstio vix potest habere locum, quando pater ipsum & solum filium relinquit hæredem. Adde *Legem* 11. §. 1. *ad SC. Trebell.* †† & Cujacium 26. *obs.* 1.

N. Addit.

† *Hoc acceptamus pro Wissenbachio. Nec enim hic aliter regulam suam intelligi voluit.*

†† *Et ad hanc ipsum Wissenbach.* d. l.

8. (f) Substitutio, ut dictum, Pup. † expressa continet vulgarem tacitam, quia cum pater totis XIV. annis filium noluerit esse intestatum, multo minus ab initio voluisse videtur. †† Itaque ratio evidentior est, quam quæ pro altera regula affertur, *quod vulgaris expressa contineat tacitam pupillarem*, quod tamen magis extra controversiam collocatur ab Interpp. vid. Vigl. *ad pr. I. de pup. subst.* Nam casus, *si heres non erit*, valide satis deficere videbatur, quando filius jam per aliquot annos patri cum effectu hæres fuit, & tamen vi regulæ hujus, eo deficiente, substitutus, qui vocatus erat, *si filius hæres non esset*, jam quoque admittitur.

Scholium.

† *Disputat hic adversus eos, qui admittunt, vulgarem expressam continere tacite pupillarem, negant vero pupillarem expressam continere tacite vulgarem, verba, ut videtur,* l. 4. ff. & C. h. t. *nimis captantes.* vid. Struv. h. t. th. 22.

†† *Hoc non capio.* * *Evidentius, ut puto, dicemus cum Struvio; Si testator voluit substitutum esse hæredem, filio sibi succedente, multo magis voluisse præsumitur, filio abstinente.*

Responsio.

Lectoris judicio libens committam, utra sit evidentior ratio, ne verba gratis teramus: præsertim, quia super hoc articulo jam diximus ad Inst. num. 3. *pag.* 200.

N. Addit.

Fiat. Submitto & ego rem totam judicio Lectoris.

Adde, quod si conditio vulgaris substitutionis non extendat se ad pubertatem, tunc non possit habere usum, quam filio ante testatorem mortuo, quem casum turbatæ mortalitatis non videtur spectasse; Etenim filiofam. supervivente, nullo modo poterat deficere conditio, *si hæres, non erit*: quia filiusfamil. est hæres ipso jure atque necessarius: Nam substitutio vulgaris non tollit suitatem, neque ex necessario facit voluntarium hæredem, ut Dd. sine juris auctoritate volunt; Verum, quando pater

(f) *Pos.* 12. & 13.

* Si nostram licet post tantos viros sententiam dicere, Struvii ratio non satisfacit, utpote quæ mortis casum non continet, & alia iterum quadam ratione indiget. Poterat dici, voluisse patrem pupillari substitutione animum substituti & ejus benevolentiam pupillo suo conciliare, ut per teneram ætatem habeat patronum, qui personam bonaque tueatur, noluisse hæc omnia, si filius ante patrem moritur, & cessante ita diligendi substitutum ratione, prætulisse ailexisse que hæredes legitimos. Inflectamus paululum Huberi rationem & plenius dicamus, patrem, qui tam longa providentia præcavere voluit, ne filii, cum pater moribundus testatur, forte nondum anniculi hæreditas, per quatuordecim fere annos ad causam intestati redeat, multo magis voluisse, eadem intestati fuga, substitutus sibi ut sit hæres, vulgari ratione, & ut præferatur statim legitimis hæredibus, quem post mortem per omnem filii ætatem pupillarem præferri voluit.

pater de filio ait, *si hæres non erit*, tum non spectat utrumque casum, si *aut non potuerit, aut noluerit*; sed juxta terminos habiles legum id est accipiendum, *si vel non potuerit morte præventus ante me*, vel dein emancipatus *repudiaverit, aut etiam abstinuerit*, quod tantum scilicet est juris prætorii. Ita fere & Sand. *lib.* 4. *tit.* 3. *def. un.*

SCHOLIUM.

Mallem, ut termini hæredis voluntarii *&* necessarii *huic quæstioni plane non immiscerentur. Quæritur enim, an per substitutionem vulgarem filiofam. factam, desinat esse* suus? *Hoc est, an fiat* extraneus; *Et ita adire hæreditatem debeat, si velit hæres esse & substitutum excludere, an vero sufficiat sola ejus existentia, & non facta abstentio? Videntur equidem Dd. plerique, qui hanc controversiam tractant,* voluntarium *hæredem &* extraneum *sumpsisse synonymice. Sed profecto hæc usurpatio facit, ut eos, & auctorem quoque cum Sandio, ex quo Posit. hæc desumpta, collatum, quid docere velint, vix intelligas. Distinguit hæc equidem Struvius* d. th. 15. Vulgarem substitutionem facere quidem ex filio hæredem *voluntarium*, salvo tamen jure *Suitatis* manente, *asserens: quo pacto eadem re ipsa ejus cum auctore videtur esse opinio Sed nescio, an & hæc locutio tolerari possit: Quod enim filius sit hæres voluntarius, id non facit substitutio vulgaris, sed facit jus Prætorium.*

RESPONSIO.

Qui subjectam casus speciem, in qua usus rei exhibetur, consideret, videbit mentionem voluntarii *&* necessarii *abesse non posse. Talis conditio*, si volet, hæres esto, *facit ex necessario hærede voluntarium.* l. 12. de condit. instit. (*non solum igitur jus Prætorium, ut in scholio.*) *Substitutio vulgaris*, si hæres non erit, *continet utrumque casum*, si nolit: si non possit: *vulgaris substitutio arguit hæredem voluntarium, si persona hæredis, voluntariæ qualitatis sit capax. Si non sit, verba*, si hæres non erit, *ad alteram speciem*, si non possit, *referenda sunt. Et cum suus hæres non sit capax voluntariæ qualitatis, nihil opus est, ut illum his verbis voluntarium fieri statuamus, quia verba* si hæres non erit, *capiunt alium sensum, si non possit esse hæres. Non possunt igitur, neque debent, separari suitas & necessitas, nec qualitas extranei & voluntarii, ut vult Struvius, & magis adhuc Thomasius.*

N. ADDIT.

Jus prætorium opposui in Scholio substitutioni vulgari, unde male Auctor, dum me notare vult, hanc locutionem opponit l. 12. de Condit. instit. *ubi de substitutione vulgari non agitur. Reliqua, quæ de sensu substitutionis vulgaris suo hæredi adjectæ addit Auctor, repetunt saltem dicta in textu, ad scholium vero meum nequaquam respondent.*

Speciem facti, quæ comprehendit usum rei, subjiciemus παραφραστικῶς e. Sandio *d. lib.* 4. *tit.* 3. *def un.* Filia abstinens hæreditate patris ob æs alienum, petit avitam hæreditatem, ut vulgariter substituta patri suo, qui quidem non miscuerat se bonis paternis, at nec abstinuisse probabatur. Filia sic ait; *pater meus non fuit hæres avo meo, Ego substituta sum, in casum si hæres non erit; Ergo ad me bona spectant.* Creditores patris ejus respondent, *Tuus pater fuit ipso jure hæres suo patri, & sic bona ei adquisita fuere, nobisque in ea competit actio.* Filia replicat; *pater meus accepit me substitutam in casum, si hæres non esset, hoc est, si nollet vel non posset adire. l. 3. C. de Hæred. instit. Ergo non fuit necessarius, sed voluntarius hæres, & quia non adiit, hæres quoque non fuit.* Creditores duplicant, *Imo mansit hæres necessarius, & sic bona quæsivit ipso jure, sine facto aditionis vel immixtionis.* Inde resultat τὸ κρινόμενον, ut veteres, sive punctum juris decisorium, sicut hodie loquuntur: An vulgariter substitutus, ex suo necessarioque fiat extraneus & voluntarius hæres. * Nam inde pependisse statum controversiæ, testatur Sandius in his verbis; *Cujus quæstionis decisio dependet ex alia inter Doctores controversia; nempe, an filius hic censeatur ipso jure hæreditatem patris absque immistione (de hac non constabat) adquisivisse, adeoque quod existentia sui hæredis, quam Græci ἀναφωνὴν vocant, substitutio vulgaris extincta sit, an vero filius iste ob substitutionem vulgarem habendus sit pro hærede voluntario, ideoque substitutioni locus sit factus, cum filius hæreditatem non probetur adivisse &c.* Judicatum est, ut supra diximus, filium mansisse necessarium hæredem, non factum esse voluntarium, & sic bona ei adquisita fuisse, quæ proinde Creditoribus ejus essent obnoxia. Hæc vicinis pragmaticis subtilia, forte an & inania viderentur.

9. CO-

* Forte rectius τὸ κρινόμενον ita formabis, An filius suus & necessarius hæres, ideo, quod ei vulgariter substitutum est, pro extraneo & voluntario habendus sit an potius suitas substitutionem extinxerit. Et ita etiam Sandius *d. leg. verbis.*

9. COLLATIO USUS HOD. Utrumque titulum de vulgari & de pupillari substitutione, una litura delet Groenewegius; & quidem de priore tribus nec pluribus ita ait; *non est in usu*; de altera sic infit; *moribus hodiernis, singulari illa patria potestate, quæ Romanorum civium propria fuit, ejusdemque peculiaribus effectibus obsoletis, pupillaris & exemplaris substitutio in desuetudinem abiit*. De vulgari miror, qui id Jurisconsulto in mentem venire potuerit, cum nihil in ea sit, quod hodiernis moribus aliter obtineat, quam jure Romano traditum est. Quid enim vetat ita dicere in testamento; *Uxor hæres esto, si hæres non fiat, vel si ante moriatur, frater hæres esto*, vel simili formula? Non modo nihil obstat, sed omni die sic etiam instituuntur, ne quis id fideicommissum esse putet, uti mox videbimus. D. Voetius, etsi non autumat usu fori vulgarem substitutionem esse sublatam; id tamen te lubenter agnoscere fatetur, raro his diebus fieri substitutiones, nec amplius opus iis esse, cum per fideicommissa consequamur idem, quod Romani per substitutiones agebant, ad *fin. tit. Inst. de vulg. subst. & ad tit. sequ.* §. 9. n. 5. Imo nihil mutationis invectum esse ex sequentibus patebit.

10. Præter Quartam Trebellii, quæ ex fideicommissis deducitur, non e substitutionibus, hæc etiamnum intersunt. Vulgaris fit in casum hæredis primi non existentis, *pr. Inst. h. l.* 8. *C. de Impub. subst.* Fideicommissaria substitutio, in casum, si primus hæres fiat, ut tum post tempus vel post mortem, bona ad alium perveniant. §. 2. & 3. *Inst. de fideicomm. hæred.* Pupillaris hoc modo; *Filius hæres esto; si ante pubertatem moriatur, Alius hæres esto*; Fideicommissaria numquam fit hac forma, *ut Alius sit hæres*; sed ut *bona* testatoris a primo ad Alium *devolvantur*.

11. Hinc oritur differentia in usu & effectu, *primo* inter vulgarem & fideicommissariam. In illa substitutus non succedit primo hæredi, verum Testatori, quia primus hæres, qui scriptus erat, in hac hypothesi non fit hæres; substitutus non admittitur, si primus adierit hæreditatem, vulgaris enim substitutio per aditionem extinguitur. *d. pr. Inst. ibique omnes Interpp.* l. 5. *C. de Impub. subst.* Ex adverso in fideicommissaria secundus semper succedit hæredi primo, neque secundus admittitur, nisi primus adquisiverit hæreditatem; fideicommissarius enim suum jus a fiduciario consequi debet; Fideicommissum ita fert, ut bona devolvantur & perveniant de fiduciario sive primo in secundum hæredem, quod fit mediante restitutione; hæc autem intelligi non potest, nisi primus hæres bona adeptus sit. Sand. *l. 4. tit. 5. def.* 1. Quapropter, si fiduciarius, a quo bona pervenire debebant ad fideicommissarium, ante hunc excedat e vivis, ipse nihil juris obtinere potest, cum vulgaris substitutio tum demum vel maxime usum effectumque habeat, ut diximus in *præ'e l. od. tit. Inst. de fideicomm. hæred. n. 2. & seqq.* Discrepantia pupillaris substitutionis a fideicommissaria, in hoc est evidentissima; quod pupillariter substitutus fiat hæres pupillo; proinde cuncta ejus bona adipiscatur, non modo quæ a patre Testatore habet, sed etiam materna, aliaque adventitia; cum per fideicommissum Testator de suis tantum bonis disponere possit. §. *ult. Inst. de Pupill. substit.*

12. Sed discrepantiæ priores, quibus substitutio vulgaris a fideicommissaria distinguitur, ita comparatæ sunt, ut non videam, quo pacto negare possint homines, qui vim utriusque substitutionis intelligunt, vulgarem adhuc usum habere in judiciis. (g) Tu dices, nonne fideicommissaria substitutio ita concipi potest, ut vulgarem comprehendat? Non est quod negemus. Quid enim si testator ita dixerit; *Uxor hæres esto, post mortem uxoris frater hæres esto*: hæc verba casum utriusque substitutionis exprimunt; sive enim uxor ante testatorem moriatur, sive postquam adiit hæreditatem, ex sententia verbisque testatoris frater indistincte vocatur. Possunt verba concipi, quibus utraque substitutio, vulgaris & fideicommissaria contineantur. Sed ideo non sequitur, illas in se non discrepare, nec effectus adhuc habere distinctos. Exemplo rei judicatæ id illustrabimus, ex quo patebit, quantum intersit, formula vulgari an fideicommissaria testator utatur. Titia extreme ægrota, dixerat in testamento; *liberi hæredes sunto; si morientur sine liberis, bona, quæ a me ad eos pervenerint, devolvantur & succedant in Wilhelmum maritum meum, quem in hunc casum substituo*. Accidit, ut Liberi omnes rapido ante matrem extincti sint morbo. Pro marito disputabatur, extitisse casum, quod uxor bona sua devolvi cuperet ad maritum, *si morerentur sine liberis*: Idque ille obtinuisset, si nihil aliud dictum esset, quam *si liberi morientur*. Sed Curia censuit esse fideicommissum in his verbis; *Bona quæ a me ad libe-*

(g) *Pos. 6. lib. 36. tit. 1.*

liberos pervenerunt, *devolventur* atque *transibunt &c.* Nam quoties devolvendi & *pervenienii ab uno in alium fit mentio*, toties fideicommissum intelligitur, ut Sand. *d. def.* 1. demonstrat. Si proinde illa verba abfuissent, nihil causæ erat, quin pro substitutione vulgari potuisset haberi. Sed ista supponebant adquisitionem a liberis factam, qua non facta, devolutio & restitutio facultatem amiserat; cum absque illis verbis substitutio vulgaris fuisset, quæ maxime liberis ante matrem extinctis locum habuisset. In illa igitur specie, mulier judicata est intestata decessisse, repulso marito. Inter hæredes *Wybiæ Bruinsma*, & *Wilhelmum Fabricium*, *Pastorem Wijnamensem. d.* 14. *Maji* 1678. Satis igitur apparet harum substitutionum usus diversus, neque tollitur exinde, quod in eum modum verba concipi queant, ut formulæ utriusque conveniant: Nec enim Testatores sua verba semper, imo raro sic adtemperant, & juris rationes ejusmodi esse debent, ut quibusvis casibus applicari possint.

13. Quod vero attinet ad substitutionem pupillarem, non est dubium, quin hæc, ut Romano jure traditur, sublata sit moribus eorum populorum, qui jura patriæ potestatis eximia, quæ Romanis placuere, non exercent, ac ita non modo Groenewegius, sed & Grotius *lib.* 1. *c.* 6. *n.* 8. *l.* 2. *c.* 19. *in fin.* Gudelin. 1. *de jur. noviss. c.* 13. *in vers. quid morib.* & *lib.* 2. *c.* 5. *vers. adjicio.* Vinn. in §. *ult. n.* 2. *h. t.* testantur. Ideoque apud eos populos non potest non videri enorme, patrem de bonis filii adventitiis disponere, quam potestatem substitutio pupillaris ei sine dubio largitur; Siquidem pater ejus virtute, filio testamentum facit, nihilo secus ac si ipse testaretur, *l.* 2 *in pr. ff. h. t.* quin diserte ita scriptum est in *l.* 10. §. 5. *ff. h. t.* Exemplaris substitutio tribuit idem jus Parentibus cunctis, etsi patria potestate destitutis, in liberos perpetuo furiosos, §. 1. *Inst. de pup. sub. l.* 9. *C. de Impub. & al. subst.* Cumque facta sit ad exemplum & per consequentiam *pupillaris*, non est ambigendum, quin ubi hæc cessat, ibi & exemplaris evanescat; sola fideicommittendi licentia parentibus in universum relicta. Groeneweg. *ad pr. d. tit.* Cæterum, ubi patria potestas cum effectis suis præcipuis adhuc superest, cur ibi illa virtus pupillaris & exemplaris substitutionis sublata dicatur, nihil est causæ, quemadmodum usus ejus apud nos indubitatus est.

14. Sed videndum, ne non aliud & quintum substitutionis genus, usu fori invaluerit, nec vulgare, nec pupillare, neque exemplare, denique nec fideicommissarium. Id est hujusmodi; Parentes utriusque sexus liberis suis, in casum *si heredes erunt*, substituere possunt respectu bonorum propriorum dumtaxat, sine fideicommisso. Ita tradit D. Voetius ad *tit. Inst. de pup. subst.* §. 9. *n.* 5. *vers. Quod spectat.* & dein. *Quin imo*, *moribus*, *pater aut mater*, *filio non tantum impuberi vel furioso*, *verum etiam puberi & sanæ mentis*, *ratione bonorum a se profectorum*, *substituere potest in omnem eventum*, *idque ad exemplum* (dixerat paulo ante) *substitutionis*, *quæ jure Romano filio arrogato facta est*, *l.* 10. §. 6. *ff. h. t.* idemque Groenewegius *ad d. tit. in fine* adfirmat; hujus a fideicommisso triplex potissimum erit differentia. Prima, quod fiat sine mentione devolutionis, restitutionis, aut ætatis vel temporis, quo liberi morientur sine liberis. II. Quod fiat solis liberis, non extraneis aliisve hæredibus. III. Quod hæres primus eo casu integram hæreditatem restituere debeat, sine deductione Quartæ ex Scto Trebelliano. Atque ita Hollandiæ Curiam olim judicio contradictorio censuisse, narrat *ibi* Groenewegius, sibi relatum esse a quodam ejusdem Senatore dignissimo; Quod ego quidem suo loco relinquo. Rem totam esse commentitiam, manifesto constat. In militibus sane, quia non prohibitum est illis mori testatis simul ac intestatis, *l.* 6. *de test. mil.* facultas est, eo modo substituere liberis suis, *siquidem hac mente fit miles*, *ut ea sola velit ad substitutum pertinere*, *quæ a se ad institutum pervenerunt*. *l.* 10. §. 5. *in fin. ff. h. t.* Sed inde sequitur, in paganis contra se rem habere; nam privilegia militum sunt totidem exceptiones a jure communi. *l.* 1. *in fin. pr. ff. de milit. testam.* Idem in impubere filio adrogato receptum est, *ut ad substitutum ejus ab Adrogatore datum*, *ea sola pertineant*, *quæ adrogator ei dedit*, *d. l.* 10. §. 6. quod ideo placuit, quia pater adrogator nihil juris habet in successione filii impuberis adrogati. §. 3. *Inst. de Adoption.* Et quidem hasce duas exceptiones, tradit ibi Jurisconsultus ut exceptiones, quibus amotis, Regula manet immota, quam diximus. Nec adeo quintum illud genus substitutionis apud Gentes, quæ jus civile non converterunt, in arbitrariam disciplinam, ullo modo admittendum videtur.

15. Ex

15. Ex his jam constat, utramque Substitutionem, vulgarem atque pupillarem etiamnum esse juris usitati, quanquam pupillaris in efficacia sua vulgo minus nota, minusque frequenter usurpata est, quemadmodum & exemplaris; sed vulgaris omni die testamentis inferitur, maxime in casum, si hæredes ante testatorem decedant. Consequenter, quæ de utraque substitutione subtiliter a JCtis veteribus & novis disputantur, apud nos usum reperient; sicut & illa regula, quod expressa vulgaris tacitam pupillarem contineat: vice versa, pupillaris expressa vulgarem tacitam, secundum *l. 4. ff. de Vulg. & pup. subst.*

TIT. VII.

De conditionibus Institutionum.

I. De Regula, quod hæredis institutio diem non recipit, ejusque usu. II. Objectiones contra istam regulam removentur. III. Temperamenta quædam illius regulæ, ex usu hodierno. IV. De conditione impossibili ex moribus. V. Refelluntur, qui volunt eam vitiare debere institutionem. VI. Inter turpes esse jurandi conditionem, & quare. VII. Positos in conditione, non esse positos in dispositione. VIII. Aliæ quædam Positiones. IX. De implemento illarum. X. Pendente conditione, quis possideat hæreditatem.

(a) SUperest de capite Hæredis institutionis, tertius articulus pertinens ad modum, quod fit institutio, qui vel ad diem, vel ad conditionem refertur. Primo videamus de die, sive de tempore hæredis institutioni adjecto; post ea, quæ *ad Inst.* de utroque hujus Rubricæ membro, dicta sunt ad *tit. de Hæred. Inst. sub. fin.* memores, etiam alium manere locum de rebus iisdem, in *tit. de condit. &c. lib. XXXV.* Romano jure sic obtinet; Diem adjectum haberi pro supervacuo, ut perinde sit, ac si pure hæres institutus esset, §. 9. *d. t. Inst.* ut tamen dies incertus loco conditionis habeatur. *l. 75. ff. de Condit. & demonstr. l. 34. ff. de hæred. inst.* Nititur hæc positio gemina ratione, quæ tamen in unam resolvitur: prima, quod hæredis qualitas jure civili indelebilis est, neque temporarium characterem recipit, *l. 88. in f. de Hæred. inst.* altera, quod nemo paganus simul testatus ac intestatus mori potest, *l. 7. ff. de Reg. Jur.* quæ ratio prioris quoque rationis est ratio; nam si hæres cum die, non fit hæres ante diem, defunctus foret intestatus ante diem, postea testatus. Quare, qui jam abdicarunt hanc regulam ut obsoletam, *quod testati & intestati qualitas sit irreconciliabilis*, his quoque religio non est adfirmare, quod ex certo tempore, & ad certum tempus, hodiernis moribus, hæres scribi possit, explosa hac in parte juris civilis subtilitate. Ita Grotius *lib. 2. cap. 18. n. 34. & seqq.* aliique plures, quos citat Groenewegius *ad d. locum Grot. & ad d. tit. Inst.* adde Voetium ad §. 9. *d. tit. n.* 2. Hic etiam addit Viglium quasi ita sentientem, posse nunc hæredem ex die vel in diem institui cum effectu, laudato ejus loco *ad* §. 9. *d. tit.* sed tantum abest, ut ille Nostras ita tradat, ut etiam contra Bartolum invaluisse testetur, *ne expressa quidem Testatoris voluntate, qua se dixerit, nolle Titium esse hæredem, nisi ad certum tempus, impedlri posse quominus pro supervacuo adjectus dies habeatur*; Nec video quidquam esse causæ quominus id apud nos ita juris esse statuatur.

2. Tu dices; etiam hodie passim paterfamilias potest mori testatus & intestatus, diverso respectu, ut videre licet apud Sandium *lib. 4. tit. 8. def. 7.* Quidni igitur sublatæ sint ejus regulæ consequentiæ, quæ in mera subtilitate consistunt? Ego vero, non cessat, inquam, regula apud nos, nisi quatenus ad hoc institutis aliarum gentium redigimur, ut quando Frisius, agros habens in Omlandia vel Transisulania, testatur; quod ad hos attinet, intestatus mori debet; quia non licet de rebus ibi sitis immobilibus testari. Ejusmodi exempla juri Frisico nihil derogant vel abrogant. Verum, quid si absurdi contrarietatisque non potest absolvi illa Juris antiqui subtilitas, an ne sic quidem ab illa recedemus? Quid enim interest, dicat aliquis, hactenus, hæredem sub conditione scribam, an *post quinquennium*? Si tu dices, hoc casu, ante quinquennium inte-

(a) *Pos.* 1. & 2.

inteftatus fit, ego regeram, perinde cafus inteftati eft, antequam duxerit, teftati poftquam duxerit uxorem. At hic fcrupulus ejufmodi non eft, ut eximi non poffit. Nam in cafu conditionis adjectæ accidit, ut hæc vel deficiat, vel exiftat. Si deficiat, fimpliciter cafus inteftati eft, fi exiftat, teftati; tunc enim perinde habetur, ac fi ab initio hæres fuiffet & conditio retrahitur, *l. 26. ff. h. t.* pendente conditione neuter ftatus erat, utique non inteftati, quia fperabatur hæres e teftamento. *l. 39. ff. de Adquir. hæred.* Verum fi adjectio diei effectum haberet, ante vel poft diem, vere atque hiftorice non effet hæres e teftamento, & die veniente vel durante, foret hæres, quæ res efficeret ftatus oppofitos *καὶ ἀντιπάτους*. Denique, conditio exiftens retrotrahitur ad tempus aditæ hæreditatis. *l. 26. h. t.* Tempus retrahi non poteft, non modo civili fubtilitate, fed nec ratione naturali, ut probavimus ad *tit. de Prob. & præfumption. in fin.*

3. Cæterum, fi contingat Teftatorem ufque ad tempus certum hæredem fcribere, & ejufmodi verba fint, e quibus colligi poffit, enixam effe teftatoris voluntatem, ne poft eam diem bona penes fcriptum hæredem maneant, dicemus idem, quod modo de inftitutione ex parte vel ex re certa monuimus, *videri hæredem illum tacito rogatum, ut poft id tempus bona reftituat legitimis hæredibus.* Quod multo proclivius erit, ubi claufula codicillaris adjecta fuerit; quippe cui vim fideicommiffi ad omnia, quæ teftator contra leges voluit ineffe, communis fchola ftatuit ac obtinuit, etiam in noftro Foro, ut fæpe dictum & inferius *ad tit. de Codicil.* amplius dicetur. Si vero Teftator, ficut plerumque fit, dicat, fe poft id tempus bona relinquere legitimis hæredibus, eo cafu non tam diverfo tempore fit teftatus ac inteftatus, quam fideicommiffum apertum conftituit, ut perinde *fuperius dictum*. Quid autem, fi ex die certo fcriptus fit hæres? Per claufulam codicillarem rurfus eveniet, ut in ea fpecie hæres legitimus videatur rogatus, hæreditatem, eo tempore elapfo, reftituere hæredi, & quia vel claufula codicillaris ufu fori noftri intelligitur ineffe, licet omiffa, vel faltem imperfectum teftamentum pro codicillo habetur, ut *fupra diximus*, hac via talis voluntas, utique diferte expreffa, femper effectum habet, die vero fimpliciter obiterque adjecta, magis eft, ut hæres fcriptus ftatim hæres fiat ex legum præfcripto, quod abrogatum non eft, nec cur abrogandum fit, ulla ratio effe videtur. Nam etfi regula, fic ait Thomafius in *fcholio ad pofit. 2. h. t. quod nemini poffit fuccedi partim e teftamento, partim ab inteftato, non eft e dictamine rectæ rationis, fed ex fola fubtilitate veterum Jurifconfultorum*, ex jure faltem pofitivo fit, ratione tamen probabili non deftituitur. Nam fucceffio ab inteftato a lege non potuit aliter ordinari commode, nec habuit aliam caufam, quam quod Teftator voluntatem fuam de eo, quod poft mortem fuam fieri vellet, non declaraffet. Qua declaratione facta, Legis partes hactenus ceffabant. Unde lege tacente, fequebatur, voluntatem effe debere generalem: Præter quod ita compertum fuit, jura regulafque fucceffionis teftamentariæ atque ab inteftato effe tam diverfa pugnantefque, ut non effet Artis concinnæ & bene compofitæ, cujus omnes inter fe partes idoneo nexu cohærerent, ea jura regulafque confundere & permifcere, quemadmodum hodiernas gentes, quæ jus Romanum pro arbitrio fuo probant vel improbant, ejufmodi deformitatis exempla viva præbere videmus. Cæterum, quid interfit, utrum hæredis inftitutio directe obtineat, an per claufulam codicillarem vim fideicommiffi adipifcatur, *inferius ad tit. de Codicill.* videbimus.

4. (b) Quod attinet ad conditionem, bene habet, quod pragmatici noftri jure civili hac parte contenti funt, ut teftatur, pluribus *ὁμοψήφοις* citatis, D. Voetius ad §. 11. *Inft. h. t. n. 2.* Non tamen ita vifum plerifque, fi conditio fit impoffibilis, qualis eft, *fi cœlum digito tetigeris*, *fi Oceanum ebiberis*; volunt enim vitiari hæredis inftitutionem, ut idem teftis eft, cum jure civili impoffibilis conditio pro non fcripta habeatur, inftitutione hæredis illibata. §. 10. *Inft. h. t. l. 1. l. 6. & l. 20. ff. h. t.* Groenewegius *ad d. §. 10.* folenne fuum, *abrogandum cenfeo* inculcat, haud tamen fine ratione, *nam cum omnis fuprema voluntas interpretari*, fic ait, *debeat & foleat*, fecundum id, quod verifimilius eft fenfiffe teftatorem, cujus fola voluntas in conditionibus primum locum obtinet, *in l. 19. pr. de condit. & demonst. ideo huiufmodi inftitutionem pro ridicula & nulla habendam cenfeo.* Adde ex Grotio *l. 2. c. 18. n. 32. quia Romani in Cæteris quoque caufis intellexerunt, impoffibiles* con-

(b) *Pof. 9.*

conditiones id quod agitur reddere nullum. §. 11. *Inst. de inutil. stip.* Bene est, quod in hoc articulo nobis præit D. Voetius *ad d.* §. 11. *n.* 1 qui sic disserit, ut de moribus idem, quod de jure Romano, judicandum putet. Nam inquit *cum Romani hæredem excusari voluerint, si aut non fecerit, aut fieri non curaverit, quod erat injunctum, & per naturam impossibilis conditio per modum faciendi, dandi, præstandi non possit* impleri, *necdum satis dispicere possum, quo jure, licet non existat impossibilis conditio, a petitione hæreditatis repellendus sit hæres. l.* 14. *ff. de Condit. inst. &c.* Addit, *ut quamdiu nec rationibus justis, nec rebus perpetuo vel ut plurimum similiter judicatis convincar, in jure Romano merito acquiescam.* Recte.

5. Sed quod illi volunt, hanc definitionem pugnare cum voluntate testatoris, quæ tamen in testamentis utramque facit paginam, videamus, utrum magis alienum sit a voluntate testatoris, ut conditio impossibilis nulla sit, an ut hæredis institutio, cui adjecta est impossibilis conditio, vitietur. JCti veteres, summo præditi judicio homines, sine dubio prius crediderunt. Testator condit supremam voluntatem *nunquam redituro arbitrio*, forte in extremis agens, utique de exitu e vita cogitans, vocat septem testes, rogat eos specialiter, ut velint attestari; cuncta solennia, quæ nusquam majora, religiose servat, adspersit in tabulis testamenti conditionem natura impossibilem, pone jocandi gratia fecisse, ut sunt hominum ingenia quorundam, numquid hic lusus verborum innocuus faciet, ut reliqua omnia tam graviter, tam prolixe serioque ordinata, collabantur, nonne probabilius & civilius est, eum duntaxat impleri noluisse, quod nullo modo fieri posse sciebat? Quod autem in contractibus iidem JCti voluere, conditiones impossibiles vitiare totum negotium, inde repugnantiam ipsorum inter se arguere vanum est. Nam adeo ineptos fingere velle conditores gravissimæ artis, ineptiæ absolvi non potest. In contractibus non adhibentur solennia, non convocantur, non rogantur specialiter testes, non versatur ob oculos mortalitas; quæ res in testamento cumulant præsumptiones, quod Testator minime voluerit nihil agi. Præterea in contractibus duorum voluntas conjungi colligarique debet, ut obligatio nascatur, sed promissio & acceptatio non possunt impossibilis conditionis vinculo copulari atque in unum jungi: ideoque in nullitatem abeunt; Ita fere in *l.* 31. *ff. de Oblig. & act.* ratio hujus sententiæ redditur; *Quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.* Est & hæc ratio; In contractibus non injungitur alteri partium ut faciat quod impossibile est, sicut in testamento; quare cum summo judicio veteres JCti sic docent, impossibilem conditionem explicari semper in favorem ejus, cui injuncta est, quoniam ei non potest imputari quod in implenda conditione defecerit. Ubi hæc ratio cessat, ibi intelligunt, conditionem impossibilem facere nullum, quod constitutum est, perinde ac in contractibus. Ergo, si legatum sit relictum sub conditione impossibili adjecta hæredi, legatum evanescit & manet penes hæredem, quod deberetur, si conditio impossibilis jure vel facto adjecta fuisset legatorio, ob eandem rationem, quod ipsi non posset imputari negligentia haud impletæ conditionis, *fin. Inst. de legat.* & sic manifesto apparet, quanto judicio caput hoc juris Romani sit constitutum, & quam sine ratione Reformatores Juris id abolitum velint.

6. (c) Turpes & illicitas conditiones, æque ac impossibiles pro non scriptis haberi, notum ex *l.* 9. *& l.* 14. *h. t.* & dictum est ad *Inst. d. tit.* Sed mirum videtur, inter turpes etiam jurandi conditionem censeri, *l.* 20. *de C. & D.* nam quæ sub jurisjurandi conditione relinquuntur, a prætore improbantur, ut est in *l.* 8. *pr. h. t.* Jusjurandum scil. quod necessarium non est, merito temerarium & turpe habetur. Quid enim jurando opus, si dederit aut fecerit hæres, quod erat jussus jurare se daturum vel facturum? Hoc enim omnino ipso injungitur *d. l.* 8. §. 6. Adde Wissenbach. *ad h. tit. th.* 2.

7. (d) Huc quoque pertinet notissima regula, quod positi in conditione non sint positi in dispositione. Proinde qui uxorem fecit hæredem, si filium non reliquerit, is filium præteriisse videtur, & testamentum est nullum, *l.* 16. §. 1. *de Vulg. & pup. subst.* non obstante *l.* 37. *de her. inst.* ubi particula e testamento excerpta & institutioni subjecta videtur. Similiter, si quis fratri, si sine liberis decedat, alium substituat, liberi non sunt instituti, nec proinde jus fideicommissi habent, *l.* 8. *Si quis om. caus. test. l.* 19. *de Hæred. inst.* tametsi votum te-

(c) *Pos* 9. *&* 10. (d) *Pos.* 7. *&* 8.

testatoris appareat, ut liberi fiant hæredes, sed non aliter, quam ab intestato, & sic cape *l. 85. de Hær. inst.* qua de re, magni licet usus, non agemus tamen prolixius, quia nihil habemus speciale, post ea, quæ scriptores academici & forenses copiose tractarunt, de quibus videsis Wissenbachium ad *h. tit. th.* 11. & Sandium *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 1. (1)

8. (e) Subjiciantur aliquot positiones; Hæreditas sub conditione adempta sub contraria conditione dari intelligitur. *l. pen. in fin. h. t.*

(f) Conditio, si volet esse hæres, in extraneo nihil efficit; in necessario hærede facit, ut sit voluntarius, *l.* 12. *h.* cum quo conferendum, quod *supra* dictum *tit. de Subst. n.* 9.

Institutio in arbitrium tertii exoresse collata non valet, ut *si Titius volet, Cajus hæres esto*, tacite recte fit; Si Titius in capitolium ascenderit, Cajus hæres esto. *l. 68. de hæred. Inst.* & *l.* 52. *de C. & D.* (2)

(g) Si idem in eodem testamento pure, & sub conditione hæres instituatur, institutio pura prævalet, adeo ut conditionalis non valeat. *l.* 27. §. 1. & *l.* 67. *de Hæred. inst.*

(h) Hæres institutus, *si decem hæredibus dederit*, tota decem dare debet cohæredibus, ut conditionem impleat: quamvis, si fuadus uni ex hæredibus sub hac conditione prælegatus sit, cohæredibus partes pro eorum portione dabit, & partem pro sua hæreditaria portione retinebit, *l. qui hæredi*. 41. §. *ult. de C. & D.* ubi ratio differentiæ.

9. (i) De implendæ conditionis modo, egimus *ad d. tit. Inst.* quibus adde, quod implendo impositam conditionem hæres non statim adquirit hæreditatem, sed facultatem adquirendi consequitur, *l.* 13. & *l. 26. de Cond. inst.* quod aliter in suo hærede, videbimus *infra*. Impleri conditio præcise ac specifice debet, non per æquipollens, adeo ut institutus, si *monumentum fecerit*, paruisse non videatur, si pecuniam alii dederit, ut faciat, *l.* 11. §. *ult. de legat.* 3. quod tamen non impedit, quo minus faciendum locet; neque enim suis manibus ut faceret, voluit testator. Modus tamen, per quem conditio impletur, æquipollentiam recipit, ut *si per emancipationem sui juris factus erit*. Perinde enim est, si per mortem patris. *l.* 11. §. 11. *de Leg.* 3. & *l. 3. C. de Inst. & Sub.* Plures conditiones adjectæ conjunctim, omnes implendæ sunt, ut tamen voluntas potius quam verba considerentur. *l.* 13. §. 2. & *seqq. de Reb. Jub.* cujusmodi Sandius exemplum habet; Sempronius hæres esto, si absque descendentibus impubes decedat: non poterat impuberi convenire conditio, *si sine descendentibus*, quia non poterat habere descendentes scilicet; Acceptum est igitur conditio ac si scriptum esset, si *decedat impubes, vel sine descendentibus*. *lib.* 4. *tit.* 6. *def.* 4.

10. (k) Pendente conditione, quis interim possidebit hæreditatem? Curatorem dandum esse monet D. Wissenbach. *ad tit. de Hæred. inst. n.* 10. ex *l.* 8. *Quib. ex cauf. in poss.* & *l. 1. in pr.* & §. 1. *de Curat. bon.* sed hi textus loquuntur de creditoribus, qui servandi debiti causa mittuntur in possessionem, hæreditate non adita, quod non minus fit si pure, quam si sub conditione adita sit hæreditas. Dicendum igitur, Hæreditatis possessionem, conditione pendente, futuram illic, ubi testatore moriente fuit, modo caveatur. Idemque si penes hæredem sub conditione scriptum fuerit possessio, illic manebit, sub cautione. *l. 12. ff. Qui satisd. cog.* Si penes hæredem legitimum fuerit, apud eundem sub eadem conditione manebit. *arg. d. l.* 12. Nec enim sub conditione scriptus, ante conditionem existentem jus habet petendi hæreditatem, quam spes tantum est debitum iri, §. 4. *I. de Verb. obl. l. 26. in fin. h. t.* sine præjudicio tamen creditorum, qui sua interesse probantes curatorem bonis petere non prohibentur. *d. l.* 1. & *l.* 8. neque inde discrepant Gailius 2. *obs.* 130. Faber 6. *Cod. tit.* 18. *def.* 6.

TIT.

(e) *Pos.* 12. (f) *Pos.* 13. (g) *Pos.* 14. (h) *Pos.* 15. (i) *Pos.* 3. 4. & 5. (k) *Pos.* 6.

(1) *Hæc ex ratione juris verissima sunt; attamen apud nos, ex Edicto perpetuo Principum nostrorum de anno* 1611. *Art.* 11. & 12. *positi in conditione, censentur positi in dispositione.*

(2) *Eleganter & solide hanc positionem exponit vir Clarissimus Josephus Averanius Interpret. jur. lib.* 1. *cap.* 11. & 12.

TIT. VIII.

De jure deliberandi & beneficio Inventarii.

I. Remissio, & cur jus deliberandi rarius in usu. II. Quando, ubi, quomodo hoc petatur. III. Beneficium Inventarii negatur, hodie, si alius e cognatis adire velit. IV. De tempore inchoandi & conficiendi inventarium. V. Quid si hæres ante perfectum inventarium res apprehenderit. VI. Modus & forma faciendi inventarii. VII. De interinimento, quod dicitur, Inventarii. VIII. De commodis Inventarii. Hæredem, eo neglecto, non teneri Legatariis ultra vires hæreditarias. IX. Officium hæredis, facto Inventario. X. An hæres Inventariensis teneatur arrestis, & Remedia contra abusus hujus beneficii.

(a) HÆredes, sive facto suo, sive ipso jure fiant, in eum statum veniunt, ut defunctum repræsentent, iisdem juribus potiantur, iisdem quoque oneribus, quæ defunctus tulerat, subjiciantur. *l. 8. & l. 37. ff. de Adquir. hæred. l. ult.* §. 14. *C. de Jur. delib.* Hoc autem quia periculose potest cedere, cum sæpe contingat, onera superare commoda Hæreditatis, Juris Conditores duo beneficia pro hæredibus introduxerunt, jus deliberandi, & beneficium Inventarii, de quibus ad *tit. I. de Hæred. qualit. & diff. n. 4. & seqq.* de quibus heic paulo pressius ad usum, agemus. Et est jus quidem deliberandi parum in usu hactenus, ex eo, quod Justinianus ipse in *l. ult.* §. *& hæc quidem* 13. *C. de jur. delib.* sic ait: *Et hæc quidem*, inventarii solennia intelligit, *de his sancimus, qui deliberationem nullam petendam esse curaverint, quam putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam & deberi ei derogari; cum enim liceat eis & adire hæreditatem & sine damno ab ea discedere, ex præsentis legis auctoritate quis locus deliberationi relinquitur?* Quod adeo verum est, ut nesciam, an apud nos unquam ante hac petitum sit rarissime sane exercetur.

Verum, ut Justinianus in *d.* §. *verbis sequentibus*, indulget hæredibus, etsi ægre atque dissuadens, deliberandi jus, ita non est dubium, quin etiam peti possit, nec ratio deest, quare cives id aliquando malle debeant, quam inventarium, non modo quia tum facultates defunctorum oculis omnium exponuntur, sed etiam, quia mos conficiendi inventarium, ex præscripto legum hodiernarum, molestior & contumeliosior, adde periculosior est, quam jure civili dictatum fuit.

Quin si quis vera rem reputet via, incidatque in hæreditatem, cujus facultates ignorat, cupiatque suæ mortuique dignitati consulere, cujus in Jure Romano non parva ratio habetur, satius esset, petere jus deliberandi, quam statim prostituere hæreditatem publico inventario.

2. Non cogitur autem petere deliberandi facultatem, nisi urgeatur ab iis quorum interest hæreditatem adiri, hoc est, a creditoribus * aut legatariis; sine quibus si fuerit, non reperitur ulla præscriptio in Jure, qua ab adeundo excludatur hæres, nisi quæ communis est quorumvis jurium & actionum, longissimi temporis, scilicet annorum XXX. *l. 7. C. de Hæredit. pet.*

Quando urgetur, peti debet hoc jus a Judice vel a Principe; Apud nos Princeps, hoc est Ordines vel eorum Deputati, in talibus nunquam adeuntur; sed jura minora majestatis, quæ ad ordinem judicialem pertinent, ut & alibi videmus, ad Curiam supremam referuntur, ac etsi Judices etiam adiri possint hac causa, ut Justinianus præcipit in *d. l. ult.* §. *hæc quidem* 13. non est dubium tamen, quin jus deliberandi hodie a Suprema Curia peti debeat.

Sed a Principe vult Imperator impetrari posse annum, a judicibus novem menses: numquid hac parte Curia judicum, an Principis jure censebitur? utroque sine dubio, nam & judicare partium Curiæ est, & principis loco in juribus illis, quæ dixi, minoribus majestatis fungitur. Ideoque, prout res fert, dabitur an-

(a) *Pos.* 1. & 2.

* Hi vero hæredem Jure Civili intra novem, nostro Jure intra 30. dies urgere non debent. *Nov.* 115. *c.* 5. Brunn. *de l. f. C. d. Jur. delib. n.* 30. *L. R. l.* 3. *art.* 15. Carpz. *P.* 2. *C.* 14. *def.* 21. conf. Disp. Horn. *de Jure dici trigesim.*

annus vel novem menses, apud Curiam deliberandi causa, vel etiam minus spatium usque centum dies, quod est minimum tempus, *l.2. ff. de Jur. delib.* cui legi non est derogatum per *d.l ult.* §. 13. ita ut minimum illud spatium olim ex causa posset repeti, usque dum novem menses vel annus adsumpti fuerint, *l. 3. in pr.d. t. ff. de jur. delib.* quod mutatum videtur in *d. l. ult.* §. 13. *in fin.* ubi semel tantum conceditur.

Reliqua ad jus deliberandi pertinentia, petantur e positionibus & Prælectionibus nostris aliorumque *ad* §. 6. *Inst. de Hæred. qual. & diff. & ad tit. ff. de jur. delib.* a quibus nihil in usu discrepans occurrit in memoriam.

3. Sequitur beneficium Inventarii, de quo observanda sunt hæc tria. I. Jus, quo competit, II. Modus, quo exerceatur, & III. Effectus hujus beneficii. De singulis aliquid dictum ad *d. tit. Inst.* sed usus & momentum negotii flagitat ampliorem tractatum.

Quod ad primum attinet, Jure Romano cunctis hæredibus, secundum ordinem quo defertur eis hæreditas, datur beneficium Inventarii libere, & absque metu turbamenti ab aliis remotioribus cognatis, ut Justinianus in *d. l. ult. per totum* docet.

Lege recentiore secundum Edictum Caroli V. quod alibi quoque Belgicæ obtinet, in Hollandia fere per omnia, sicut in Frisia, teste Grotio *lib. 2. part.21. n.21. & seqq.* tum demum hoc beneficium competit, quando nemo de sanguine familiave reperitur, qui pure velit hæreditatem adire: talis enim præfertur, licet is, qui vult inventarium facere, testamento sit institutus. *lib. 1. Stat. tit.* 18. *artic.*1.

An & maritus hoc jure potest uti, si uxoris cognati beneficio uti velint? Quomodo apud Sandium legimus relatum accidisse, cum amita defunctæ mulieris vellet impetrare beneficium. *lib. 4. tit.*12. *def.* 3. *sub fin* Non est prolixæ res disquisitionis, nec dubiæ subtilitatis.

Cum enim illud jus prælationis tribuatur iis tantum, qui de sanguine defuncti sunt, *van den geslachte*, nihil est causæ, quare conjuges admittendi sint, etsi aliquando jus succedendi ab intestato habeant, ex Edicto *Unde vir & uxor*; non pertinent tamen ad tres ordines consanguineorum, de quibus agitur in *Nov.*118. neque proinde ad hunc articulum Statuti: Ut nihil mirum sit ita judicatum esse a suprema Hollandiæ Curia, referente Neostadio *Decis.* 7.

Qui pure vult adire atque præferri, debet hoc indicare, postquam alter petiit literas faciendi inventarii, sed antequam actis legitime fuerint *intimatæ*; quod si petitor Inventarii tum velit mutare consilium, qualitatemque puri hæredis induere, non prohibetur: Quidni enim, cum hæres jam sit, possit omittere, quod in favorem ipsius est comparatum? Atque ita judicatum est apud Sandium *d. defin.* 3. *tit.*12.

Quod si intimatio in acta fuerit perfecta, beneficiumque inventarii plene sit adquisitum, frustra seroque cognati se fatigant; neque tum quidem e pluribus hæredibus idem jus succedendi habentibus, alter vel quidam offerendo puram aditionem, alterum vel cæteros excludere possunt, ut judicatum est a Curia *inter Barbaram Reen & Viglium Ayta*, *ante vigiliam Quadragesimæ* 1632.

Præterea jure civili confectio inventarii & ejus beneficium competit hæredibus ipso jure; ut ipsis debita forma sine venia vel auctoritate magistratus, descriptionem rerum hæreditariarum facere liceat: *d. l ult.* §. 2. sed moribus hodiernis, & secundum Statuta nostra, impetrandum est hoc jus a Principe, vel secundum nostrum stylum, inquit Sandius, a Senatu. *d. def.* 3. *a pr.*

4. Justinianus inventarium vult inchoari intra dies triginta, ex quo hæres scivit hæreditatem sibi esse delatam, idem intra dies sexaginta jubet absolvi. *d.* §. 2. *l. ult. C. de jur. delib.* Sunt hic duo tempora observanda, quorum alterum est dierum triginta, dierum sexaginta alterum.

Præfixum est ex eodem Caroli Cæsaris edicto, spatium quadraginta dierum ab impetratione beneficii exercendum, intra quod tempus dierum 40., non modo inchoari, sed etiam perfici debet inventarium; *confici curabunt justum inventarium*, habent verba Edicti. Sic quoque Sandius in sæpe laudata *defin.* 3. *tit.* 12. utrumque tempus & incipiendi & perficiendi inventarii hisce verbis adstringi, docet *in vers. quidquid sit.* ut adeo beneficium Inventarii suo quidem tempore inchoati, sed non perfecti, amittatur, ut Curia censuit *in causa Luciæ F. & Creditorum &c. d.* 20. *Decemb.* 1679.

Sed an sublatum est Statuto isto spatium illud menstruum, intra quod Justinianus inventarium voluit inchoari, *d.*§.2.? An etiamnum intra mensem utilem impetrari debet hoc beneficium? Abolitum esse, putat Sandius, eo quod spatium *quadraginta* dierum tam incipien-

piendi quam absolvendi tempus spectet, idque demum sit putaudum, *ex quo literæ sunt impetratæ*.

Quidni vero simpliciter ita dicas? Edictum considerat impetrationem, ut principium faciendi inventarii; hoc autem principium, sive hæc impetratio quando facienda sit, non exprimit, ideoque sicut omnia in Statutis omissa repetuntur ex jure communi, quid vetat, hoc etiam ex lege Justinianea suppleri?

Instat Sandius: *Casus*, ait, *omissus ex Jure communi, non potest suppleri aut decidi, quia ignorat hunc modum beneficii impetrandi per diploma Principis vel Senatus*. Atqui beneficium Inventarii est ex jure communi. Initium Inventarii tam nunc quam olim, aliquo tempore faciendum est; an hæc diversitas modi, quo competit, tollet regulam perpetuæ apud nos observantiæ, ut Statuta ubique conferantur atque suppleantur ex jure Romano? Unde igitur habemus notabiles effectus illos hujus beneficii, de quibus nihil est in hoc Edicto, nec in toto capite *de beneficio Inventarii*, quod est in Statutis.

Quidquid tamen ex ratione juris disputari queat, non est dubia praxis in eam partem, quam Sandius tuetur: Ideoque non prohibentur hæredes quovis tempore se conferre ad hoc beneficium, nisi creditores eos urgeant; Nam antea dictum est, sicut jus deliberandi, quod cis triginta annos peti potest, ab hærede continuo petendum est, si creditores eum hac gratia conveniant, ita facere possunt, ut hæredes intra certum tempus declarare debeant, utrum puri hæredes, an sub hoc beneficio esse velint; ita Sandius existimare se ait *d. defin. 3. in fin.* Novissime Ordines nostri statuerunt, ut Inventarium confecturus, intra tres menses, ex quo hæres scivit hæreditatem sibi esse delatam, petat Inventarii beneficium, post illud tempus non admittendum, edicto *d.* 21. *Febr.* 1685.

5. (b) Ad primum articulum de jure, quo competit inventarii beneficium, pertinet observatio de immixtione facta in rebus hæreditariis, antequam hæres inventarii confectionem inchoaverit, vel, ut nostra fert ratio, impetraverit. *Jure communi hæres, qui ante impetratum beneficium inventarii, res hæreditarias attrectavit sine dolo malo, propterea non privatur isto beneficio*, verba sunt Sandii nostri *lib.* 4. *tit.* 12. *def.* 6. ubi auctores ὁμόψηφοι.

(b) *Pos.* 7.

Verba Justiniani *in d. l. ult.* §. 12. *Sin verò postquam adierint, vel sese immiscuerint, præsentes vel absentes, inventarium facere distulerint, & datum jam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit; tunc ex eo ipso, quod inventarium secundum formam præsentis constitutionis non fecerint, & hæredes esse omnimodo intelligantur, & debitis hæreditariis in solidum teneantur*. Diserte tum demum ex aditione vel immixtione docet hæredem teneri, *cum tempus ad inventarii confectionem datum effluxerit*.

Aliter Statutum nostrum *d. lib.* 1. *tit.* 18. *art.* 2. formam inventario conficiendo præscriptam, vult observari in omnibus, *priusquam hæredes quidquam de rebus hæreditariis contrectent*, sive, ut textus habet, *voor dat sy daer van iets sullen aenvaerden*, & adjicitur pœna, quod pro puris hæredibus sint habendi, *si ulla bona apprehenderint, antequam solennia Statuto dictata perfecerint*. Palam igitur est, eum, qui res hæreditatis apprehendit, implorare non posse beneficium inventarii.

Sed nihilne refert, quo animo res apprehenderit? Certe, si cum animo hæredis eas contrectaverit, non est dubium, quin hæres purus fiat, ex mente Statuti, licet a Justiniano non distinguatur in *d. l. ult.* §. 12.

Sed Contrectatio, quæ fit absque animo hæredis, sit vel cum proposito sibi habendi, vel alio innocenti consilio, veluti, si quid pietatis causa fecerit, si quid custodiæ causa, si quid non quasi hæres egerit, sed quasi alio jure dominus, putans rem esse suam, hisce casibus non videtur amitti hoc beneficium, modo consilium illud animi probetur; in quem finem, qui ex lege vel e testamento hæredes sunt, recte facient, cum tale quid instituunt, si testentur, non animo hæredis se gerere, quæ gerunt, sed ita quemadmodum diximus, vide *l. 20. in pr. &* §. 1. *de Adquir. vel omitt. hæred.*

Propositum sibi habendi, vel cum dolo conjunctum est, vel eo caret. Dolosa contrectatio & ablatio de rebus hæreditariis per furtum, duplo mulctatur, in *d. l. ult.* § *licentia* 10. *C. de jur. delib.* supra quam mulctam plerique Doctores opinantur, adhuc amitti beneficium Inventarii, quod tamen recte Sandius *d. lib.* 4. *tit.* 12. *def.* 6. contra disputat, ex mente Justiniani in *d. l. ult.* §. 10. qui vult, hæredem furti convictum, in hæreditatem computare duplum ejus, quod surripuerit; ne-

neque hoc mutatum apparet in *Nov.* 1. *cap.* 2. Si beneficium inventarii Cæsar amitti voluerat, id in eo loco, ubi tota inventarii doctrina ex professo exponitur, collocari debuisset, aut in *d. l. ult. aut in d. N.* 1.

Sed verba Statuti nostri modo relata, dubitare non patiuntur, quin is, qui dolo malo res hæreditarias animoque lucri faciendi apprehendit, hoc beneficium amittat, itaque recte colligit Sandius *d. def. in fin.* & judicatum refert; nec ideo minus pœna dupli locum haberet, si nostris moribus illæ pœnæ juris civilis, dupli, tripli, quadrupli non essent abolitæ.

Quando quis contrectat res hæreditarias sine dolo, sicut evenire potest ex curiositate, vel ex opinione, quod aliqua res sibi legata sit a defuncto, numquid is inventarii beneficium amittat & purus hæres fiat, merito ambigatur; & quamquam verba Statuti generalia sic ferre videntur, ut beneficio non possit uti, qui res hæreditarias apprehendit, ac ita Sandius *d. def.* res tamen omnino jubet, id ita temperandum, ut innoxiæ contrectationes excusentur, non perinde si quæ audaciores & suspectiores sint.

Quomodo Jus dictum est adversus filium, qui, matre defuncta, claves a vicinis petierat, capsaque reclusa chartas hæreditarias secum abstulerat, perspectasque dein restituerat, ac insuper ex stola matris nigra vestem sibi lugubrem confecerat, dicens, eam huic rei a matre sua fuisse destinatam, sibique in eum usum donatam; repulsus est a beneficio Inventarii, *in Causa Tjepke Harmens Piersma cum soc.* contra *Nicolaum Groen. ante natalitia Christi* 1679.

Denique & hoc observandum; Apprehensionem factam post inventarii jus petitum, antequam perfectum sit, semper videri factam cum animo hæredis, quem jam professus est ille; nisi quid custodiæ conservandive causa factum esse appareat, ut ex sæpe citata *l.* 20. *de Adquir. hæred.* superius intellectum est.

6. Sequitur modus, quo fieri debet Inventarium. Justinianus ita præscribit *d. l. ult.* §. 2. Intra dies XXX. post apertas tabulas, vel notitiam delatæ hæreditatis ab intestato, exordium capit inventarium; hoc est, describuntur res a defuncto relictæ, *sub præsentia tabulariorum cæterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt*.

Quinam illi cæteri? Exponitur hoc in *Nov.* 1. *c.* 2. §. 1. sunt creditores, legatarii & fideicommissarii, quorumque præterea interest, aut qui res eorundem agunt; absentibus quibusdam, aut omnibus, testes adhibendi tres ad minimum.

Denique, subscriptionem hæredis, (*præmisso venerabili signo*, Synopsis Basilicorum vertit *προσκυνουμένου σημείου*, *adorabili signo*, ita crescit superstitio) qua contineatur, *& quantitas rerum* in summa, quæ possit exprimi, & declaratio, *nullam fraudem esse factam*, *quodque res sub hærede maneant*, atque hæc omnia cis sexaginta dies absolvenda sunt.

In quibus articulis mores nostri inde abeant, facile constabit. Primo quidem signi venerabilis nulla mentio apud nos, non quod signum crucis, manu vel calamo factum, sit indignum iis, quibus summa spes & gloria Christus crucifixus; sed minuendæ superstitionis causa; siquidem primo tantum *venerabile signum* fuit, ut a Justiniano appellatur; sub Leone, qui Basilica edidit, tribus fere seculis postea, signum *προσκυνούμενον adorandum* est habitum, quod deinceps in infestam idololatriam degeneravit. Ideo Reformatoribus visum satius, hoc signum penitus eliminare ex usu hominum, & inculcare, crucem solis cordibus insculpendam: rectissime; nisi plebs, ejusmodi imitamentis religionum exuta, cum sensu imo non tangatur, speciem quoque religionis aboleret, quod utrum superstitione sit minus malum, habet *ἀναθεώρησιν*. (1) Facultate Inventarii faciendi impetrata, hæres initium descriptionis facere debet, adhibito apparitore Curiæ, aliove ad eam rem a Curia delegato, sub præsentia duorum testium: eamque descriptionem intra dies *quadraginta* perfici oportet.

Ergo ad descriptionem non vocantur creditores & legatarii; sed fides descriptionis in Apparitore testibusque requiescit.

In

(1) *Hæc calumniosa objectio, cultum Catholicorum esse ipsissime idololatricum, dum se prosternunt ad aspectum imaginis Christi crucifixi, & signum Crucis* venerabile *vel* adorabile *vocant, sæpius refutata fuit: quid enim, an Catholici ipsam effigiem, vel ipsum lignum aut lapidem adorant? Illi, inquam, qui semper docent cultum latriæ soli Deo exhibendum esse? Non dubitem quin sectarii ipsimet apprime norint, Catholicos non ipsam imaginem, sed Jesum Christum Crucifixum adorare, dum ejus effigiem venerantur; soli sectarii cultum hunc ut superstitiosum & idolatricum eliminare conati sunt. Mitior hac in re fuit Antesignanus eorum Lutherus, qui in tractatu suo de Missa privata* T. 7. 2. 6. & seq. edit. ann. 1534. *imagines Christi Crucifixi non abolendas, sed retinendas censet, Romanamque Ecclesiam laudat, quod eas semper conservarit ut monumenta pietatis, quæ in fidelibus excitent memoriam Dominicæ passionis. Vide Bossuet* hist. des variat. livre 3. n. 60.

In testibus requirit Justinianus non tantum, ut *sint optimæ opinionis*, *sed & possidentes substantiam. d. N. 1. c. 2. §. 1.* Statutum nihil addit de qualitate testium, ideoque sufficiunt fide digni, quibus in judiciis, in testamentis, aliisque publicis actis, fides haberi possit ac soleat: Quanquam sane momentum rei non respuit accurationem Cæsaris, ob periculum fraudis, quam hæres prætextu inventarii cum apparitoribus machinari posset: haud temere enim hodiernis Apparitoribus applicare possis, quod Imperator ait de tabulariis *in d. §. 1. Tabulariis enim solis, quantum ad hoc competit, non credimus*; quorum idcirco fides qualitate nec non gravitate testium, merito sustinenda videatur; maxime cum hi quorum interest, ad descriptionem non vocentur.

Subscriptio hæredis ad amoliendam malitiæ suspicionem, (quam Cæsar adeo necessariam statuit, ut, si hæres scribere nequeat, specialis tabularius ad hoc sit adhibendus) ab *Statuto* non exigitur, verum ejus loco jusjurandum quod hæres publice apud acta præstare debet, fungitur; etsi Justinianus ultra subscriptionem, hæredis ipsius testiumque juramentum injungat. *d. N. 1. C. 2. §. 1.*

Describenda sunt bona tam mobilia & immobilia, quam nomina & obligationes, non etiam æs alienum aliave onera, quorum recensionem lex Justiniani atque Statutum non requirit; nec opus est, dum sufficiat creditoribus scire, quid vires hæreditariæ, unde satisfaciendum est illis, ferant.

Descriptione durante, nihil Inventarienses pro hærede gerere debent, non vendere, non locare res hæreditarias, si fecerint, pro puris hæredibus habentur, ut monere jam occupavimus, ac ita sine hæsitatione jus dicitur, & memini dictum haud levi detrimento eorum, qui formam Statuti neglexerant; ea credulitate, quod impetratis inventarii faciendi literis, putabant, innoxium sibi fore, si quid facerent non animo diminuendi, sed administrandi: salva scilicet in integrum *restitutione* pro iis, quibus hæc jure competit.

His omnibus intra quadraginta dies absolutis, hæres curare debet, ut res hæreditariæ mobiles æstimentur ab hominibus juratis, qui æstimationibus faciendis a Magistratu cujusque loci, ubi jacet hæreditas, sint præpositi. Consequenter cavere debet, illud pretium creditoribus & legatariis præstitum, cæteraque bona recte custoditum iri, quæ cautio cum prætoria sit atque extrajudicialis, per fidejussores confirmanda est. *arg. l. 7. ff. de Prætor. stipulat.*

Justinianus ejusmodi cautionem diserte non requirit, sed ex eo quod expressit, colligi potest, eam esse necessariam, cum ait, hæredes inventarienses teneri, *in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant.* Valor autem non potest haberi sine venditione vel æstimatione, sed ad venditionem hæres non tenetur, quia dominus rerum est, ideoque potest eas retinere, si velit; atque tum res loquitur, æstimationem esse faciendam, cum aliter haberi non possit valor. Novo Ordd. Decreto, debet cavere pro fideli administratione & conservatione, non modo rerum æstimatarum, sed omnium bonorum, quæ cautio publicis actis inseratur, ejusque copia fiat Creditoribus, sub pœna *heredis puri. Edict. d. 21. Febr. 1685. art. 2.*

Quid igitur, an hæres, si malit in continenti publica auctoritate res vendere, priusquam eas contrectet, nonne potest? Nulla causa dubitandi videtur; cum æstimatio saltem hoc fine fiat, ut valor constet, quem per venditionem immediate consequimur. Proinde nec consensu quidem creditorum ad hanc venditionem opus esse videtur; sed tutius est hunc adhibere, vel si recusent, judicis auctoritatem implorare; quin plerique, licet creditores consentiant, tamen & Curiæ assensum petere solent, ob religionem *Statuti*, cujus verba sunt de æstimatione, neque venditionis meminerunt, tametsi utique non injungant æstimationem, sed eam permittant in *fine d. artic. 2.* ubi, *sub qua cautione licebit illis frui bonis prædictæ hæreditatis*. Ergo supponitur venditio esse licita, & æstimatio defectu ejus introducitur.

Quæsitum ex facto, si descriptio duraverit ultra dies quadraginta, cum bona diversis locis sita essent, an hæres beneficium amisisset; & judicatum fuit amittere. Nam ait Statutum, *Hæres curare debet inventarium confici intra dies XL. post impetrationem literarum. Quo facto, fieri debet æstimatio* &c. Quæ verba negotium perfectum, non inchoatum significant; præter quod absurdum foret, si cum nullum tempus sit, quo peti debeat inventarii beneficium, ne quidem foret ullum tempus, quo absolvi deberet.

Quod si res sint tam multis tamque dissitis locis sitæ, ut intra tempus Statuto præscriptum

tum describi nequeant, ampliatio a Curia peti posset; Etiam vero, si tempestate hyemali similibusque gravibus causis, impediti fuissent hæredes, restitutio in integrum contra lapsum temporis vix posset negari. Quæsitum fuit, an descriptio facta statim a morte, Judicis officio, ut fit, ubi hæres non adest, vel minor est, non sufficeret pro Inventario, Et judicatum est non sufficere, quia forma Lege præscripta rigide servanda, neque mutari potest; nisi creditoribus & cæteris quorum interest consentientibus. Hoc tamen visum, Apparitorem Curiæ, posse testibus & solennitatibus consuetis adhibitis, priorem descriptionem recognoscere, & cum bonis conferre, ut non opus esset novam facere descriptionem, ad libellum *N. Nolli* Curatoris &c. *d.* 2. *Mart.* 1680.

Hactenus descriptio & Inventarii confectio, sine Creditoribus & iis quorum interest, parata fuit, quorum tamen præsentiam lex Romana non immerito requirit; neque Statutum eos excludit, nec poterat enim; sed commodius, ut videtur, hanc rem administrat; Etenim, si creditores omnes descriptioni bonorum interessent, ut sunt mores seculi, hæreditates, quæ semper hoc casu sunt angustæ, sumptibus exhaurirentur, nec sine confusione res geri posset.

7. Ideo creditores & legatarii vocantur ad *Interinimentum*, sicut appellatur: est declaratio Curiæ; qua hæc inventarium factum approbat, & audito consensu creditorum, juramentoque hæredis, indulget beneficium legis. Præses Audientiæ publicæ. *Commissarium ad Rotulam* vocant, hanc declarationem pronunciat & jusjurandum exigit.

Intimatio sive *interinatio* talis jure civili non usurpatur, quia universum Inventarii negotium a Justiniano privatæ dispositioni relinquitur; sed introducto jure, quod hoc beneficium a Principe sit petendum, consequens erat, *interinandi* actum accedere, ad id, quod ab apparitore delegatove ad inventarii confectionem gestum fuerat, confirmandum. Tum vero, quia creditores non adfuere descriptioni, danda fuit illis occasio custodiendi jus suum, respectu hujus beneficii, quod tantum illis præjudicium creat.

Quinam citandi sint, Statutum non exprimit; sed tantum ait in *d. tit.* 18. *art.* 4. *Literas hujus beneficii interinandas esse secundum veterem stylum & ordinationem Curiæ*. Juxta naturam negotii dicendum erat, tres hominum ordines esse vocandos: I. Creditores, vel qui pro talibus se gerunt. II. Legatarios, & quicunque testamento sunt honorati. III. Propinquos, ut hi declarent, an hæreditatem pure adire velint. Imbert. *lib.* 1. *Institut. for. cap.* 8. *verb. Gratia*.

Sed hoc postremum non observatur in foro nostro, nec est in Statutis quidquam, unde colligi possit, id esse necessarium. Dumtaxat est scriptum, cessare beneficium, si quis e propinquis pure velit adire; ut autem hi, licet remotiores, ad eam rem citentur invitenturque, nihil est quod jubeat, bene habet si veniant, & jus suum obtinebunt; Inventarii confectio sine illis absolvitur.

(c) Quomodo autem Creditores vocari poterunt omnes, siquidem æs alienum non necessario describitur; ut *paulo superius* dictum est? Enimvero solent nomina Creditorum referri in Inventarium, etsi nec Statutum, neque lex Justiniani id exigat; sed eorum recensionem adeo necessariam esse, ut omissio æris alieni vitium adferat inventario, negandum est; denique nec omissione quorundam Creditorum amittitur beneficium, etsi Doctores vulgo utrumque aliter statuant, secus tamen recte judicatum est a Curia, teste Sandio *d. lib.* 4. *tit.* 12. *def.* 4.

De priore nulla ratio dubitandi est, consideranti Legem atque Statutum; de posteriore speciosior est dissensio, quia Cæsar in sæpe dicta *l. ult. & Nov.* 1. *c.* 2. §. 1 præcipit, *omnes convocari legatarios & fideicommissarios*, (quanto magis *creditores*!) & dein §. 2. ita subjungit; *si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus non retinebit Falcidiam* &c. Vult Cæsar, creditores & legatarios omnes ipsi adesse confectioni Inventarii, quod Statutum aliter ordinat, ejusque loco substituit convocationem ad *Interinimentum*, quæ proinde similiter *omnium* fieri debet creditorum; vel si omnes cogniti non sint, Edictum convocationis puplice proponendum est, ut monet Gail. *lib.* 1. *obs.* 57. *n.* 6. & 7.

Edictum quidem ejusmodi, nostratibus raro, aut nunquam in usu est; sed ita jus apud Curiam dicitur: Inventarii beneficium non amitti, neglecta citatione quorundam creditorum, utique non respectu eorum, qui vocati fuere; sed quod attinet ad non citatos, hoc ju-

(c) *Pos.* 8.

jure utimur, ut Inventariensis eorum intuitu pro hærede puro habeatur, ut Sandius scribit *d. decis.* 4. *in fin.* Et videtur Jus civile contentum esse hoc temperamento, cum nihil amplius dicat, quam si hæres non vocet omnes legatarios, adde sis, creditores, Falcidiam retinere non posse, ab iis videlicet, quos non vocavit.

Si creditores putent, se rationes habere justas, quare beneficium hoc hæredi non sit indulgendum, habent facultatem se opponendi in judicio; & fit hoc casu disceptatio summaria de octiduo ad octiduum, nec ulterius quam ad duplicationem usque, ne res diu pendeat in incerto. *d. lib.* 1. *Stat. tit.* 18. *art. ult.*

Nemine contradicente, Hæres admittitur ad jusjurandum, quo profitetur, se nihil amovisse, vel reticuisse; si quid deinceps emerserit ad hæreditatem pertinens, id se collaturum in medium, omniaque fideliter administraturum. Præstitur juramentum publice, in audientia Rotulæ coram Commissario; nisi dignitas personarum faciat, ut petenti concedatur jurandi facultas in Recessu Curiæ, præsentibus aliquot creditoribus eorumve Procuratoribus. Novo Edicto cautum est, ut, si creditores se opponant, hæres intra duas hebdomadas petat Curatorem bonorum, qui bona pendente lite super *interinimento* administret, idque præsentibus creditoribus, & cum renovatione Inventarii a Curatore faciendi. *d. Ed.* 1685.

8. (d) Sequitur *hujus capitis* pars tertia, de fructu effectuque beneficii, de quo loquimur. Statutum de his nihil habet; ideoque recurrendum ad jus commune, quod copiose exponitur in *d. l. ult.* §. 2. *& seqq. & Nov.* 1. *cap.* 2. & a nobis relatum est in *position. & prælect. ad tit. Inst. de Hæred. qualit. & diff.* Triplex id esse constat; *non teneri ultra vires hæreditarias*; *detrahi posse Falcidiam*, & *retineri*, *quod defunctus hæredi debuit*: hæc fusius explicari, post ea quæ *ad Inst.* dicta, nihil opus est.

Multo minus; exponi controversiam, an quod lex de Falcidia tradit, etiam de Trebellianica accipiendum sit, quod illic negative conclusum; sed heic agimus de legum atque morum discrepantiis, inter quas hæc non ponitur.

Nec ea quidem hujus loci quæstio est, an inter incommoda neglecti Inventarii, quæ beneficiis directe contraria sunt, etiam hoc sit reponendum, quod liberi ne legitimam quidem deducere possunt. Existimamus, mitiorem sententiam, ut crebriori Doctorum calculo receptam, ita juris quoque rationi magis esse consentaneam, contra quam recentioribus multis visum, ut disputavimus in *prælect. ad d. tit. de Hæred. qual. n.* 5. Una res illic obiter posita, magni momenti, hic recensenda est.

Diximus, primum inventarii beneficium esse, *ne hæres teneatur ultra vires hæreditarias*, hoc ad *Inst. pag.* 222. restrinximus ad Creditores. *Sed Legatariis*, illic positum est, *nec olim, nec hodie, neglecto licet Inventario*, plus quam est in hæreditate debetur. *l.* 1. §. 17. *ad SC. Trebell.* §. 1. *Inst. de sing. reb. per fideic. relict.* Sed nonne, ut hoc temere excidisse videatur, faciunt verba *Nov.* 1. *c.* 2. §. 2. *Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios & fideicommissarios, licet puræ substantiæ morientis transcendat mensuram Legatorum datio?* Ex quibus verbis communiter ita collectum videtur; *Hæredem non facto inventario, teneri in solidum & ultra vires hæreditarias, tam legatariis, quam Creditoribus.* Non muto tamen quod dictum, idque certi juris habendum puto. Neglectum inventarium fecit, ut hæres in se recipere cogatur onus omne, quod hæredibus jure antiquo incumbit, & nihil amplius. *l. ult. C. de jur. delib.* Atqui jure veteri non videtur hæres legatariis ultra quam in hæreditate esset, obligatus fuisse; *Neminem oportere plus legati nomine præstare, quam ad eum ex hæreditate pervenit, quamvis Falcidia cesset*, *rescripto Divi Pii continetur. l.* 1. §. 17. *D. Ad SC. Trebell.* Idemque firmat Justinianus in §. 1. *Inst. de sing. reb. per fideic. Amplius quam aliquis ex testamento ceperit, inutiliter ab eo relinquitur.* Neglecti Inventarii nusquam hæc pœna traditur, quod legatariis in infinitum teneatur. Lex *ult. C. de jur. delib.* quæ hac de re πραγματικῶς & plenissime agit, nihil aliud habet, quam eum, qui Inventarium neglexit, *debitis hæreditariis in solidum teneri*, §. 12. ut in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur, §. 14. addito *Falcidiæ* commisso, nihil præterea. Si hoc jus vetus & novum, novissime a Justiniano sit mutatum, verbis id maxime claris & prægnantibus factum sit oportet, sicut ille suas novitates cum apparatu introducit. At illa verba modo relata, ex *cap.* 1. §. 2. *in pr. d. Nov.* 1. obi-

(d) *Pos.* 3. 4. & 5.

obiter quasi jus solitum collocant. Denique Justiniani verba Const. Πληρώσει τοὺς ληγαταρίους καὶ φιδεϊκομμισσαρίους, κἂν εἰ τὸ τῆς καθαρᾶς οὐσίας τοῦ τελευτήσαντος ὑπερβαίνῃ μέτρον ἡ τῶν ληγάτων δόσις. *Legatariis & fideicommissariis plene solvet, etsi legatorum datio superet puræ substantiæ modum.* Substantia *pura* est, quæ deducta Quarta ex Lege Falcidia superest, ut apparet ex *fine* §. 1. ubi Cæsar deductionem Quartæ Falcidiæ, vocat τῆς ἀγνοίας κάθαρσιν τῆς τοῦ κατοιχομένου. *Purificationem ignorantiæ defuncti.* Deductis igitur ære alieno & Quarta Falcidia, substantia est *pura.* Non facto autem inventario, hæres etiam ultra modum *puræ* substantiæ tenetur, quia Falcidiam amittit. Atquæ ita hæc verba continere exegesin ejus, quod in *pr. objecti* §. 2. proponitur, οὐ παρακαθέξει φαλκιδίαν, *non deducet Falcidiam.* Hæc observatio tam certa videtur, quam nova quibusdam videri possit. (2)

9. Porro in his, quæ ad usum executionemque inventarii pertinent, cum alibi a nobis exposita non sint, cumque nec suis dubiis ratione praxeos & theoriæ careant, aliquantisper continuabimus.

Et primo quidem Hæres, impetrata confirmatione sive *interinatione* beneficii, potest ac debet solvere, quidquid in *funus impensum fuit, vel in testamenti insinuationem*, sic ait Cæsar in *d. l. ult.* §. *in computatione.* 9. *vel in inventarii confectionem, aliaque judicialia, denique in omnes hæreditatis causas casusque necessarios.*

(e) His persolutis, satisfacere potest creditoribus *qui primi veniant*, ita loquitur Justinianus in *d. l. ult.* §. 4. Etiam vero legatariis, *si interea venerint.* Solutio fit vel ex pecuniis hæreditariis, vel rebus aliis, ut in hæreditate reperiuntur, vel nummis ex earum venditione redactis.

Si postea superveniant, qui jure potiori præditos se esse doceant, hi nec hæredem, nec emptores rerum ab hærede venditarum, convenire possunt; sed legatarios vel creditores, juris ordine posteriores, actione hypothecaria, vel condictione ex lege compellare debent. *d. l. ult.* §. 5. & *seqq.*

Proinde, si qui accepere pecunias, dilapidaverint eas, neque solvendo sint, hypothecarii creditores non habent, quo de suis debitis cum fructu experiantur; nec etiam Justinianus imperat, ut cautio ab his, qui primi accipiunt pecunias, exigatur.

Sed annon hoc iniquum, ut jus creditorum ita facto hæredis intervertatur? Non videtur, nec enim hæres aliter facere potest; Quilibet veri creditores habent jus exigendi debitum suum, & hæres, sicut defunctus, tenetur omnibus ad solvendum; sicut defunctus non poterat personales creditores repellere, propterea quod alii forte potiores essent, ita nec hæres potest, nisi potiores illi creditores ipso actu concurrant cum deterioribus; quo referemus verba §. 9. *in fin. d. l. ult. Temporum tamen prærogativa inter Creditores servanda.* Eoque respectu cautionem a primo venientibus exigi posse, consentaneum est. *arg. l.* 41. *de Judiciis.* Quo facit, quod Statutum nostrum exigit cautionem, quando debita quædam sunt liquida, quædam controversa, ut tum liquida primo solvantur, sub cautione. *d. tit.* 18. *art.* 3.

10. Ex his potest intelligi, an hæres inventariensis subjectus sit Arrestis. Et quidem a nostra Curia non solita sunt admitti, *primo*, quia lex dat facultatem hæredi, primo solvendi his, quorum liquida sunt credita, ut neque prætextu illiquidorum retardari queant; arresto autem sine dubio retardarentur. *Dein*, quia, ut dictum est, hæredem oportet exigere cautionem de restituendo, a creditoribus, qui hoc casu accipiunt pecunias, si deinde constet, eos non habuisse jus ante alios accipiendi; quæ cautio tollit Arresti necessitatem.

Verum enim vero hæc jura beneficiaque, Hæredibus sæpe dederunt occasiones atque prætextus, abutendi suis privilegiis in necem creditorum & legatariorum, dein prætextu nominum illiquidorum & mole difficultatum, quæ in ejusmodi hæreditatibus se produnt, eos sine fine frustrantur, ut non absurde *Beneficium* vulgo *maleficium* sit dictum: qua de re non apud nos solos querelæ auditæ sunt. Ordines Frisiæ huic incommodo in sæpe laudato Edicto conati sunt mederi, quatuor potissimum ar-

(e) *Pos.* 9.

(2) *Contraria sententia, quod talis heres in solidum & ultra vires hereditarias teneatur etiam legatariis, verior videtur, & magis conveniens verbis Imperatoris in* Nov. 1. c. 2. §. 1. *Aliter enim si interpretemur, frustra adjecisset Imperator,* sed cumulabit legatariis &c. *Nec est quod in contrarium moveamur, hac ratione, quod talis heres non teneatur et solvat legata inutiliter relicta, ea autem, quæ ultra vires hereditarias relicta sunt, inutiliter esse legata. Etenim adversus eum, qui non confecit inventarium, præsumptio juris & de jure est, ultra vires hereditarias nihil esse legatum, adeoque omnia legata utiliter esse relicta.*

articulis ſanctiorum. (ſ) I. Omnia bona mobilia, & immobilia nullis exceptis, intra annum ab impetrato beneficio, auctione publica vendantur. II. intra annum ab impetratione beneficii, aut ſi res ſoli venditæ ſint, intra ſex menſes ab ultimo ſolutionis termino, rationes adminiſtratæ hæreditatis reddentur. III. Si Creditores ſe opponant beneficio impetrando, hæres indecis 14. dies Curatorem bonis, ut dicere occupavimus, a Curia conſtitui curabit. IV. Intra prædictum tempus anni, aut ſex menſium poſt ultimam ſolutionem pretii rerum immobilium, hæres creditoribus ſolvet, juxta ordinem juris, ſub pœna amittendi Beneficii, & id quod intereſt læſis præſtandi. Quod tamen ita videtur intelligendum, ſi dolus malus, aut lata culpa hæredis arguatur in ordine pervertendo, vel cautione negligenda. Nam ſi ad eventum præſtandum teneatur, nemo aut hoc beneficio ſalvus eſſe, vel fidejuſſorem invenire poſſet.

Poſtremo loco monendum videtur, noſtris moribus non obtinere, quod alii de conſuetudine Belgii narrant; *Ad inventarii confectionem, eos quorum intereſt, intra quindecim dies eſſe vocandos, qui, ſi non compareant, intra ſex menſes, quando ſunt in Belgio, vel intra annum, ſi peregrinentur, exceptis perſonis de jure privilegiatis, ſuo jure ſuper rebus venditis earumque pretio, privati cenſebuntur. Ita* D. Voetius ad §. 5. *Inſt. de Hæred. qualit. n.* 5. tanquam e plurium, quos allegat, ſententia.

De quindecim diebus nihil aut jure civili, aut Statutis noſtris cautum; neque de ſex menſibus: pœna autem, ut jure ſuo privati cenſeantur, adverſatur rationi rectæ, jurique communi; quo datur actio hypothecaria, vel condictio ex lege iis, qui poſtmodum accedunt; & quidem condictio eſt perpetua, cum nunquam ei tempus præſcribatur, *d. l. ult.* §. 5. *C. de jur. delib.* ſed pertinet hæc res ad uſum citationis generalis, jure civili & noſtro uſu incognitæ, de qua locuti ſumus *ad tit. de in Jus voc. n.* 13. *Part. II. pag.* 84. & 85. & ad *tit. Quib. mod. pign. vel hyp. ſolv. pag.* 51. cujus ſcilicet ea vis eſt, ut niſi omnes quorum intereſt, intra certum tempus adfuerint, jure ſuo cadere intelligantur.

(ſ) *Poſ.* 10.

LIB. XXIX. TIT. I.

De Testamento Militis.

I. Remissio, & recensio privilegiorum testam. Militaris & Usus ejus. II. De Testamento Parentum inter liberos. III. Circa eorum revocationem observatio. IV. De Testamentis Principi oblatis & apud Acta celebratis. V. De testamento rustici. VI. Tempore pestis facto. VII. & ad pias causas.

(a) Superiore libro de Testamentis solennibus actum. Sunt etiam privilegiata, quorum præcipuum est Militare, de quo sat actum *ad Inst. h. t.* Heic addemus, quod hoc privilegium habeant etiam hi, quos fortuna belli in hostili solo deprehendit, ita ut ibi decedant. *l. un. ff. de bon. poss. e testam. mil.*

(b) Privilegia militum ad quatuor capitula referri possunt. I. Ad modum testandi, quia remittuntur iis solennia, ut possint facere & rescindere testamentum nuda voluntate, *l.* 15. §. 1. & *l.* 34. §. 1. *h. t.* ut etiam notis scriptum valeat. *l.* 40. *pr.* juncta *l.* 6. §. *f. de bon. poss.*

II. Ad personam militis, si filiusfam. *pr. I. Quib. non est permiss. fac. test.* si capitis sit damnatus, valet adhuc ejus testamentum. *l.* 11. *pr. h. t.*

III. Ad hæredes & legatarios, cum quibus etsi non sit testamenti factio, possunt tamen a milite scribi hæredes. *l.* 13. §. 2. *de mil. test.* adde *l.* 41. §. *ult. h. t. l.* 9. *C. h. t.* §. *pen. Inst. de exhered. lib.*

IV. Ad ipsam quasi substantiam testamenti; Licet enim ei plura facere testamenta, ut omnia valeant. *l.* 19. *h.* Codicillis hæreditatem dare potest. *l.* 36. *in pr. h. t.* Testamentum ejus non subjacet querelæ inofficiosi, *l. ult.* §. 1. & 2. *C. de inoff. testam.* pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, *l.* 7. *de R. J.* quo facit *l.* 17. *pr.* & *l.* 37. *h. t.*

Tamen sunt etiam Leges, quibus miles non est solutus, ut Lege Julia de fundo dotali, *l.* 16. *h. t.* L. Ælia Sentia, *l.* 29. §. 1. Edicto de jurejur. conditionis implendæ causa, §. 2. *ibid.* Mulieri turpi nihil potest relinquere, *l.* 41. §. 1. *h.* quod paganis licet. *l.* 3. §. 1. *de Donat. int. vir. & ux.*

Hæc in locis, ubi jure civili utimur, ac apud nos eadem effusa libertate probantur, quæ legibus indulta est, ut valeat scriptum militis testamentum, etsi nullis testibus firmatum; non modo cum miles stat in procinctu, ut olim, sed omni expeditione durante, licet morbo decesserint, modo non sint extra necessitatem expeditionis *in aliis locis, vel suis edibus, pr. Inst. h. t.* ut in hoc exemplo. D. ab Andringa Major Legionis Belgicæ, in expeditione contra Gallos morbo decesserat in quodam Monasterio apud Brabantos, *anno* 1674. In femoralibus mortui repertum est testamentum ipsius manu exaratum, plena complexione verborum, sed absque subscriptione, vel ipsius, vel testis ullius, quo sororis filium hæredem scribebat, filia sororis præterita. Quæ hæreditatem ab intestato petebat, ut testamento non militari; quippe non facto in loco expeditionis, & ratione voluntatis imperfecto: Sed probatum est a Curia testamentum, ut satis congruum *legi* 15. *C. h. t.* Quod apud hostes

(a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3. 4. 5. 6. & 7.

stes in carcere factum est, eodem sine dubio gaudebit privilegio, per *l. un. de Bon. poss. e testament. mil.* cujusmodi vix tantum quod intelligibile, conditum in carcere Anglicano apud *Chelsey* a nauta Frisio, valere respondi 17. *Febr.* 1666.

2. (c) Præterea solennitates nullæ requiruntur in testamento, quod parentes utriusque sexus inter liberos fecere, tam emancipatos quam suos, primi vel ulterioris gradus, Sand. *l.* 4. *tit.* 1. *defin.* 6. *l.* 21. §. 1. *C. de Testam. & Auth. seq. ex Nov.* 107. *c.* 1. quibus in locis dispositio illa Testamentum vocatur; ideoque etiam vim testamenti habere videtur; Quanquam alii disputant, esse eam potius *ultimam voluntatem intestati*, ut loquitur textus in *d. l.* 21. §. 3. per *l. ult. C. famil. ercisc.* ubi, *licet ab intestato liberi ad successionem vocentur*. Unde sequeretur, quod liberi in ejusmodi testamentis non possint exhæredari, ut disputat Ant. Faber *decad.* 36. *err.* 5. & Bachovius ei concedere videtur. *d. disp.* 10. *th.* 6. *lit. G.* Potest quidem testator dispares liberis relinquere portiones; sed hoc ipse Bachovius, licet dissentiens, explicat ita, ut non fiat vigore simplicis dispositionis paternæ, sed adminiculante officio arbitri familiæ erciscundæ, qui juxta voluntatem Patris assignat partes, *arg. d. l. ult. C. Fam. erc.* juncta *l.* 2. *C. de Inoff. donat.* præterquam quod talis inæqualitas non pertinet ad partes assis, sed ad divisionem rerum hæreditariarum; verum ex *d. Nov.* 107. *cap.* 1. liquet, Institutiones etiam ex unciis, quot testator voluerit, fieri posse, quod satis arguit testamentum. Et tamen æquitas ac odium exhæredationis, non abhorret ab illa sententia, ad exhæredandos liberos requiri solenne testamentum.

Forma hujus testamenti præscribitur, ut Parens omnia manu sua clarisque literis, non signis numerorum exaret, & tempus adscribat, nec de aliis disponat, quam quoad liberos: Alios enim frustra facit hæredes, cum eorum portio liberis accrescat. *d. l.* 21. §. 1. Verum legata & fideicommissa, eadem scriptura comprehensa, effectum habebunt. *d. Nov.* 107.

In omnibus autem hisce textibus dispositiones Parentum scriptæ dicuntur privilegiatæ, unde in nuncupativis diversum obtinere videbatur, *arg. d. l.* 21. §. 1. juncto §. 1. & 2. ut disputat A. Fab. *dec.* 35. *err.* 4. & *dec.* 36. *err.* 3. quamvis contraria Dd. sententia, in praxin foreosem abjerit, teste Sandio *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 7. quæ tamen nec ratione sua destituitur, neque e textibus explicite refelli potest. Quemadmodum & auctoritas Juris Canonici, quod ubivis duobus testibus cum Parocho contentum est, *cap. cum esses.* 10. *X. de Testam.* receptum est quod ad Testamenta ad pias causas, de quibus est, *cap. relatum.* 11. *eod. tit.* Schneidew. *ad* §. 5. *h. in fin.* Tiraq. *de privil. piæ caus.*

3. (d) Verum circa revocationem Testamenti Parentis inter liberos, quæritur, an adhuc obtineat quod est in *Nov.* 107. *cap.* 2. *& Auth. Hoc inter liberos. d. t. C. de testam.* ubi statuit Justinianus, si parens velit derogare priori testamento, quod jure privilegiato fecit inter liberos, eum condere debere posterius testamentum, in eoque *id expressim significare, quod revocet prius testamentum inter liberos factum*. Hinc duæ res intelliguntur: Primo, Testamentum Parentis inter liberos privilegiatum, non tolli per aliud privilegiatum, sed per solenne dumtaxat; secundo, non tolli illud ipsum per generalem clausulam derogatoriam, multo minus tacite per testamentum posterius, utcumque solenne perfectum, sed requiri specialem revocationem. Neutrum apud Hollandos aliasque gentes servari, testatur Groenewegius ad *tit. C. de testam. l. Hac Consultissima*; Non prius, quia cum illic gentium, testamenta coram Notario duobusque testibus fiant, eodem modo revocari posse intelliguntur; non posterius, quia sic visum non fuit Curiæ Hollandicæ, ut relatum est apud Coren *observ.* 39. Nos ex generali principio sæpe laudato, nihil causæ videmus, cur utrumque præceptum hoc circa revocationem Testamenti Parentis inter liberos, non sit observandum; Ut nec adfirmare ausim, apud Judices nostros locum inventuram esse limitationem Baldi, *in l. ut liberis. C. de Collat.* probatam a Sichardo ad *d. l. hac consultissima. num.* 7. & ab Rittershusio Jur. Justin. *part.* 6. *cap.* 2. *n.* 11. qui censet, istam anomaliam placuisse Justiniano in favorem liberorum; proinde, si posterius Testamentum sit favorabilius pro liberis, aut nulla parte iniquius, ad revocationem prioris nihilo plus requiri, quam in aliis omnibus ultimis voluntatibus infirmandis requiratur: Adeoque Cæsarem illam rigidiorem observantiam instituisse contra extraneos, quibus parens in præjudicium liberorum posteriore testamento voluit consultum. Non est in

texto

(c) *Pos.* 9. & 10. (d) *Pos.* 11.

textu hæc limitatio, nec tamen ei repugnat, & habet æquitatem, ut melior ſit pro jure condendo, quam pro jure condito interpretando.

4. (e) Tertium & quartum in ordine Privilegiatorum teſtamentorum eſt, quod Principi oblatum, & Actis inſinuatum eſt.* Utrumque nihil aliud ſolennitatis deſiderat, quam conſcientiam Principis, & inſinuationem in actis publicis. *l. 19. C. de teſtam.* Nec verum videtur, quod Bartolus & alii, quos refert & prope ſequitur Schneidewinus, *ad hunc tit. I. cap. de ſolennibus teſtam. n. 17.* volunt, duos teſtes in ejuſmodi teſtamentis requiri. Ineptum enim eſt, requirere probationem eorum, quæ apud Principem aut apud acta geruntur, cum talia ſatis ſuperque eo ipſo probata, imo probatione majora cenſeantur; Quo pertinent verba *d. l. 19. omnium teſtamentorum ſolennitatem ſuperare videtur, quod...inter tot nobiles probatasque perſonas etiam conſcientiam Principis tenet.* Et mox, *ſecurus erit, qui actis cujuſcunque judicis aut municipum, mentis ſuæ poſtremum publicavit judicium.* Quamvis igitur ſolennitates vulgo requiſitæ in his teſtamentis ceſſent, non tamen imperfecta, ſed alio ſenſu ſolennia ſunt, ut ex verbis citatis liquet. Moribus gentium, teſtamenta apud acta condita frequentiſſimi uſus ſunt; Principi oblata rarioris. Apud nos utique inuſitata, inaudita, nec tamen abolita, ut eo modo neminem teſtari poſſe, vix dici queat: Niſi quatenus quod nunquam fit, nec unquam fieri poſſe credi ſolet.

5. (f) Hæc ſunt privilegiata Teſtamenta, quæ omnibus legum requiſitis eximuntur. Sunt etiam, quæ certis tantum ſolennitatibus liberantur, ut teſtamenta Agricolarum, quæque temporis peſtis fiunt. De Agricolis eſt textus in *l. ult. C. de teſtam.* cujus apud nos etiam uſus perquam rarus eſt, ** ſiquidem & in Pagis aſſiduo fere ſervatur, ut ſeptem teſtes adhibeantur; ſic tamen, ut pro literatis ſubſcriptionibus admittantur ſigna picta; at hæc res modo uſum privilegii, cum id jam in omnibus teſtamentis promiſcue ſit receptum, ſicut antea commonefactum eſt, amiſit.

6. (g) Sed Privilegium Teſtamenti tempore peſtis facti, habet ampliorem his diebus uſum, quam lege Cæſaris præſcriptum eſt in *l. caſus majoris 8. C. de teſtam.* etſi apud Batavos, omneſque eos, qui teſtamenta faciunt coram Notario duobuſque teſtibus, huic privilegio vix ullus ſit uſus. Sed dubitant illic Prudentes, an coram duobus teſtibus valitura ſint teſtamenta nuncupativa, vel ſcripta a teſtatore ſine teſtibus, ſi quando tempore peſtis fiant; moreſque Batavicos ea parte obſcuros eſſe, narrat Grotius *Introduct. lib. 2. part. 17. in fin.* Affirmativam placuiſſe Curiæ Hollandiæ, teſtatur Groenew. ad *d. l. caſus* 8. Sed Curiæ Pariſienſi, nequidem coram ſeptem teſtibus factum ſine ſcripto, tempore peſtis teſtamentum, etſi Notarius rogatus accedere noluiſſet, probatum fuiſſe, teſtatur Robertus 2. *rer. jud.* 10. Cæſares nihil aliud in hoc teſtamento remiſerunt, quam quod ob timorem contagionis neceſſe non ſit, ut teſtes, qui ad teſtamentum ſunt vocati, eodem omnes tempore ſocientur & in unum conveniant, verum ſufficiat, ſi alii poſt alios accedant, teſtamentumque ſignent. Sed quid; an non teſtes ſaltem ſinguli debent eſſe in præſentia teſtatoris; Id procul dubio neceſſarium, cum nihil magis contra fraudes expediat? At Græci *d. l. 8.* ita interpretantur, ut teſtes ſeparatim a teſtatore ſignare poſſint; συγχωρεῖσθωσαν κεχωρισμένως ἐξ αὐτοῦ σφραγῖσαι τὴν διαθήκην. *Permittatur ſeorſim a teſtatore, ſignare teſtamentum.* Verba legis ſunt; *Teſtes hujuſmodi morbo oppreſſos, eo tempore jungi atque ſociari, remiſſum eſt*; Gothofredus & omnes, pro *oppreſſos* legendum cenſent *oppreſſis*; quia teſtium formidini videtur occurri, non ut peſte infecti prohibeantur vocari, quod vix uſum habeat: idque convenit Græcorum interpretationi. Statuendum nihilominus videtur, teſtes omnino teſtatorem audire, & videre loquentem oportere, ſed mox poſſe recedere, ut ſeparatim

(e) *Poſ.* 8. (f) *Poſ.* 12. (g) *Poſ.* 13.

* Circa illud obſervandum, ulum Saxoniæ requirere, ut teſtamentum ab ipſo teſtatore, non per procuratorem, Principi offeratur. Carpzov. *dec.* 293. Richt. *dec.* 48. *n.* 1 *ſq.* Berl. P. 3. *Concl.* 4. *n.* 32. Hoc vero apud Acta cujuſcunque judicii inſinuari poteſt, imo etiam extra locum judicii coram tribus perſonis judicialibus offerri, aut coram Actuario, qui ſimul adminiſtrator judicii eſt, & Scabino uno. vid. P. 3. *C. Fl.* 73. In loco judicii ſi inſinuetur, præſentia Judicis & Actuarii, imo ſi periculum in mora ſit, unus ex illis ſufficit, qui de periculo judicialiter teſtetur. *Dec. El.* 45. Cæterum etiam hoc teſtamentum ab ipſo teſtatore, inſinuandum eſſe, docent Carpzov. P. 3. C. 3. *d.* 23. Harttm. Piſt. *l.* 3. *qu.* 28. *n.* 5. *ſq.*

** In Saxonia Electorali juris Civilis diſpoſitio omnimodo obſervatur, teſte Carpzov. *P.* 3. *C.* 4. *d.* 40. *ſq.* In nonnullis autem Saxoniæ Communis provinciis, etiam teſtamentum coram parocho & duobus teſtibus conditum, pro valido agnoſcitur. Coler. *P.* 1. *dec.* 35. *n.* 4. Richt. *dec.* 24. *num.* 11. j. Struv. *ad J. Ex.* 30. *th.* 17. Schilt. *ad ff. Ex.* 38. §. 118.

tim signent, cum alioqui testes integrum usque ad finem actum, coram ipso, quod est uno contextu, perficere debeant; ita tamen, ut legitimus testium numerus interveniat; cum septenarius numerus *ea lege* non sit sublatus, in verbis: *non etiam convenientis numeri eorum observatio sublata est.* Hæc igitur Constitutio satis modicum dat privilegium; sed Doctores sequentium seculorum, quibus horror pestis in immensum crevit, animosque hominum penitus insedit, in alia omnia iverunt, testamentumque tempore pestis factum, quovis modo valere voluerunt, adeoque pro absolute privilegiato id habent, in quo nihil aliud requiratur, quam ut satis constet de voluntate testatoris; adeoque testes duo vel tres in eo sufficere creduntur, ut videre licet apud Gailium *lib.* 2. *obs.* 118. Nobis alioqui non videbatur tantum fuisse caussæ ab Imperatorum præscripto recedendi; quia nostrates subacti non sunt tam indomito timore pestis, qualem in aliis gentibus regnare videmus; nec enim apud nos officia charitatis & vicinitatis inter cives præciduntur, non fratrem exhorrescit frater, & natum parens, gnatusque patrem. Nec veterum historiæ usquam referunt tam deformes effectus formidinis illius a contage, quales hodie in Christianis populis conspiciuntur. Nostrates veterem modestiam fiduciamque divinæ providentiæ, sine temeritate tamen, observant; quo tamen non obstante Sandius in *lib.* 4. *t.* 1. *def.* 4. refert, Senatum juxta communem hanc sententiam Doctorum judicasse; quod nec dubito, quin jam pro jure certo receptum, inque futurum sic observandum.

7. Idem accidit in Testamento, quod ad pias caussas factum est; Huic enim Jure Romano nullum privilegium datur, sed Pontifices illud absolute volunt esse privilegiatum, ita ut contenti sint duobus testibus omni exceptione majoribus, *cap. Relatum. X. de Testam.* ubi ratio e sacris literis, *quoniam scriptum est, in ore duorum vel trium testium stat omne verbum.* Cui sententiæ in materia piarum caussarum nolunt derogari. Æquitas hujus exceptionis merita quoque est omnium Interpretum calculos, & Sandius testatur in *d. tit.* 1. *def.* 13. Senatum ita censuisse, *quæstionem hanc non esse decidendam ex Romano, sed ex jure Canonico.* Verum an exemplum, quod ibi commemorat esse judicatum, sit ejusmodi, ut ejus definitio ex jure Canonico petenda fuerit, Lector existimet. Erat ejusmodi; Quidam ab hæredibus suis ab intestato successuris, fratre nempe & sorore præsentibus, pauperibus Ecclesiæ Reformatæ in pago N. reliquit centum florenos: Nonne hoc jure Civili constat; quando Testator præsentes hæredes rogat aut jubet aliquid præstare, quod tum hi teneantur ad id præstandum, etsi duo tresve testes dumtaxat adfuerint, imo etsi nullus adsit, modo constet, eos esse rogatos, aut ipsi confiteantur. §. *ult. Inst. de fideicomm. hæred. l. ult. C. de fideicomm.*? Plane, si Testator verba ad hæredes ipsos direxisset, eosque rogasset, ut pauperibus centum darent, obligati fuissent omnino *per illos textus*, ut quidem videtur, & diximus ad *tit. Instit. de fideicommiss. hæred. in fin. & tit. de sing. reb. per fideic. rel.* ubi & Thomasius. Hæc usum nuncupationis in ultimis voluntatibus supponunt; a qua nonnullæ gentes quam sint alienæ, patet ex iis, quæ modo de Batavis & Gallorum usu diximus *n.* 6. *a pr.*

TIT. II.

De Adquirenda vel omittenda hæreditate.

I. Remissio, de adquisitione hæreditatis, quæ ipso jure vel facto fit, ac usus hodiernus. II. An extraneo hærede in ignorantia mortuo ante aditionem, locus sit restitutioni. III. Institutis fratrum liberis, an admittantur ii qui post mortem testatoris sunt nati. IV. Novissima de Adquisitione & transmissione Hæreditatis doctrina. V. An conditione impleta, hæreditas sit adita cum effectu transmissionis. VI. De scientia ad aditionem hæreditatis requisita. VII. De jure accrescendi in hæredis institutione singularia quædam, Ratione fideicommissarii hæredis ex re certa, & præscriptionis.

(a) LOcum de Adquirenda vel omittenda hæreditate, habuimus ad *tit. Inst. de Hæred. qual. & diff. n.* 8. ut ad paratitlarem notitiam nihil admodum amplius requiratur. Comparatio quarundam positionum cum usu hodierno, ex instituto nostro superest. Prima posi-

(a) *Pos.* 1. & 3.

positio, Sui hæredes adquirunt dominium rerum hæreditariarum ipso jure, *l.* 11. *de Lib. & Posth. hæred. inst.* non æque possessionem. *l.* 23. *in pr. de Adq. poss.* Altera, Sui transmittunt hæreditatem quoque non aditam, & nescientes, in hæredes suos *l. un.* §. 5. *C. de Cadu. toll.* E contra Extranei nihil, quam aditione perpetrata, vel adquirunt vel transmittunt, *d. l. un.* §. 5. idque sine discrimine testamentariæ vel legitimæ hæreditatis, de quo Wissenb. ad *h. t. th.* 10. (1) Harum positionum usus pendet a jure patriæ potestatis, quod ubi viget, ita sicut jure Civili proditum est, agnoscit illas regulas, quemadmodum apud nos pro indubitatis habentur, ut docet Sandius in *lib.* 4. *tit.* 1. *def. unica, & tit.* 9. *def.* 1. Ast ubi patria potestas, sive excellentes ejus effectus, in capite de patria potestate memorati, non habent locum, ibi Suitas & discrimen hæreditatis æque ignoratur, ut recte Groenewegius ad §. *ult. Inst. de Hæred. qualit. & diff.* & ad *l.* 3. *C. de jur. delib.* Proinde quicunque hæres e testamento vel ab intestato supervixit defuncto, hæreditatem, quam non repudiavit, etsi ignorans, adquirere & in hæredes suos transmittere intelligitur; idque non modo quod ad dominium attinet, sed etiam quod ad possessionem, per decantatam fori Gallici regulam, maxima Europæ parte receptam: *Le mort saisit le vif. Defunctus mittit vivum in possessionem*; de qua Tiraquellus *libro peculiari*, ut alias dictum. Apud nos, & ubicunque præterea jure scripto utuntur, differentia prædicta adhuc est in viridi observantia; ut extranei, ignorantes hæreditatem sibi esse delatam, ne quidem jus deliberandi ad hæredes suos transmittant; cum scientia diserte requiratur, ut alias dictum, ex *l.* 19. *C. de jur. delib.* idque Sandius exemplo rei judicatæ confirmat in *lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 1. Testatrix anno 1585. prohibuerat aperiri testamentum, nisi Brugis in Flandria. Quod per bellum Hispano Belgicum fieri non potuit, nisi tempore induciarum anno 1609. quo jam mortuus erat hæredum unus. Pars ejus ad hæredes ipsius non est judicata pertinere. *d. def.* 1. Nec unquam postea dubitatum, quin id ita juris ac moris esset, etiam in hac specie; Petrus Scheltinga, fratre Johanne, qui aberat in Italia, hærede instituto, mortuus erat. *Johannes* aliquandiu postea Romæ in fata concesserat; dubitatum est, an hæreditatem ad successores transmisisset. Facti quæstio habita est, utrum aditionis actum edidisset, idque scriptus hæres, ut probaret satégit, *ante ferias caniculares* 1679. de jure, inquam, non est dubitatum.

2. Neque tum nec in Sandiano exemplo de beneficio restitutionis in integrum impetrando a partibus actum erat: quod tamen vulgo remedium habetur promptum, quo deficientes hæredes, rigorem juris odiumque caduci vitare possint, ex *l. Pannonius Avitus* 86. *h. t.* Sed Cujacius *ad lib.* 6. *respons. Papin.* censet, exceptionem ibi fuisse in favorem absentis Reip. causa: eamque responsionem laudat Sandius, alii reprehendunt; in tantum, ut Thomasius noster restitutionem, non modo ex probabili, sed etiam quavis ex causa putet concedendam. *Schol. ad posit.* 3. *h. t.* Sed videndum, ne, ubi jura suitatis vigent, restitutionis in integrum termini illo casu non existant. Etenim quando is, cui delata est hæreditas, defecit, ut ad ejus hæredes transmitti nequeat successio, quæ in pendenti esse nequit, vi legis immediate ad sequentem gradum transfertur: *nec jacent vacua sine Domino bona*, sed ubi prior est exclusus, *incipit ad alios pertinere successio*, perinde ac si prior non fuisset in mundo. *l.* 1. *pr.* §. 6. & 10. *de Succes. Ed.* Hoc jus posteriori per leges quæsitum, ab hærede posteriori auferri non potest. Idque voluit Papinianus, quando restitutionem, *stricto jure non competiisse monet, quod intra diem aditionis Avitus obiisset.* Quale hoc strictum jus? Quod nulla causa restitutionis ex Edicto heic applicari posset; & quod alii jus successionis quæsitum, auferri non posset. Unde ob exquisitam æquitatis rationem illic Imperator *in d. l.* 86. subvenisse, dicendus fuerit, tam propter absentiam Reipubl. causa, quam ideo, quod Procurator Aviti jam adiisset, quæ per hujus ignorantiam ratihabitione destituta erat. Non est igitur, ut jus successionis non adita hæreditate amissum a Judice per restitutionem instaurari queat; sed opus erit *Dispensationis*, quod vocant, remedio, quo Principis auctoritate jus amissum ob singulares æquitatis rationes hæredibus deficientis restituatur.

3. Hinc etiam judicari potest de quæsito notabili, de quo in exedra consultoria varie responsum memini. Scripti erant hæredes Fratrum & Sororum liberi; post mortem Testatoris aditaque ab extantibus fratrum & sororum

(1) *Rationem hujus regulæ, quod hæreditas non adita non transmittatur, eleganter exponit Josephus Averanius* interpretat. Jur. lib. 4. cap. 4. *confutatis iis quæ in contrarium adferuntur.*

rum liberis hæreditate, sed neque dum divisa, nascuntur alii sororum liberi, qui cum reliquis admitti cupiunt; non visum mihi fuit dubitandum, quin repellendi essent. Ex eo, quod supra dictum, jus quæsitum iis, qui hæreditatem legitime adquisivissent, auferri non posse. Nam ut dicendum aliquis putet, hæreditatem quidem ab iis, qui tempore mortis extabant, adquisitam esse illo tempore, sed revocabiliter & pro numero postea natorum minui hæreditatem, id merito absurditatis arguit Peregrin. *de fideicomm. art.* 22. *n.* 72. auctoresque ab eo laudati. Cui accedit, quod nec ab intestato tales postea nati, si nec vivo testatore concepti fuerint, admitti possent, *per l.* 6. *in pr. de injust. r. test.* qua de re *ad tit. de suis & leg. hær.* Sed hic voluntatis est quæstio: si pater leget filiabus suis, non aliter posthumæ debetur legatum, quam si in aliqua parte testamenti posthumæ fecerit mentionem. *l.* 17. *in pr. de Legat.* 1. Hoc utique de posthumis alienis multo magis statuendum. Neque desunt, qui ampliandam putant hanc sententiam: uti, si quis fideicommissum reliquerit filiis Titii, tantum vocati censeantur, qui tempore testamenti extabant, non qui postea, vivo licet Testatore, sunt nati, quia motus videtur Testator affectu erga viventes & notos, qui in necdum natos nullus est: Sed hoc ita verum esse queat, si Titius sit extraneus testatori; In cognatis affectus sanguinis facile dictat extensionem ad posthumos, tempore mortis testatoris existentes, ut Peregrinus *d. art.* 22. *n.* 24. Bartolum secutus *ad l. si cognatis ff. de Reb. dub.* Hæc igitur sententia sine dubio verissima est, Institutis fratrum vel sororum liberis, natos post obitum testatoris & adquisitam hæreditatem, non admitti in concursum; nisi verba Testatoris ejusmodi sint, ut verificari non possint aliter, quam si liberi postea nasciturì comprehendantur, qualem casum Curia Brabantiæ putavit esse hunc; cum Testator dixisset, *Philippum fratis mei filium cum reliquis suis fratribus & sororibus hæredes instituo*, Philippus autem *habebat fratrem unum & sororem* duntaxat unicam, teste Stockmanno *Decis.* 96. (2).

4. Non est valde mirandum, jus illud rigidum Suitatis, post tot secula, multarum usu gentium esse abolitum; quando & ipso jure Romano non parum ex eo detritum est. Nam I. Liberi omnes, etsi non *Sui*, hæredes a parentibus scripti, hæreditatem ignorantes in suos liberos transmittunt. *l. un. C. de His, qui ante apert. tab.* II. Liberi omnes patri suo matrive suæ ipso jure succedunt, ac ita jus habent ignorantes transmittendi, *l.* 11. *C. de suis & legit. hæred.* sunt autem ambæ leges istæ ab iisdem Cæsaribus. III. Infantes undecunque delatas hæreditates in suos patres transmittunt. *l.* 18. *C. de Jur. Deliber.* Extra hos casus Hæredes non sui, hæreditatem aliter adquirere aut transmittere, quam si illam ipsi adierint, nusquam leguntur. Et quoniam aditio requiri animum & propositum adquirendi, * *l.* 20. *h. t.* Curatores pro minoribus, & Tutores pro majoribus infantia, cum esse tu transmissionis, adire non possunt. *l.* 5. *C. de j. r. delib.* Sed pro infantibus Tutores aditione funguntur. *l.* 18. *C. eod.* An & pro Furiosis, qui similiter animo carent, etiam Curatores adire possunt? Negat Justinianus *in l. ult.* §. 7. & 8. *C. de Curat. fur.* Ideoque si Tutor pro infante non adierit, si furiosus, si minor, vel pupillus septennio major ignarus hæreditatis delatæ, licet Tutor vel Curator adierint, si quilibet alii delatæ hæreditatis ignari decesserint, hæreditates, ipsis aliunde quam a Parentibus delatæ, non adquiruntur his, qui ipsis, sed qui illis, a quibus bona ad eos pervenere, sunt proximi. *d. l. ult.* §. 8. *l.* 18. *C. de jur. delib.* Moribus ut plurimum secus est, ubicumque regula de transmissione promiscua tam possessionis quam Dominii recepta est, ut ferme ubique est. In populis, qui jure scripto utuntur, ut noster, quominus idem servetur nihil obstat, eoque pertinet Sandii observatio 4. 8. 9. Etsi promiscuum jus transmissionis communiter hominum opinionibus ita insederit, ut parum absit, quin tacita observantia utique in pupillis & minoribus, sit approbatum. Egimus hac de re prolixius *ad tit. Inst. de Hæred. qual. & diff. n.* 10. & *seqq.*

5. Cæ-

(2) *Sed ex aliis rationibus quas adfert D. Stockmans* Decis. 96. *probatur, postea natos etiam tunc admittendos esse, dum verba Testatoris aliter verificari possunt. Affectus enim sanguinis facile hanc extensionem admittit, ut & vocati censeantur hi, qui tantum post mortem testatoris sunt nati: creditur enim Testator filios fratris vocasse contemplatione ipsius fratris & ad consulendum posteritati ejus, non habita speciali ratione ipsorum filiorum. Argumentum, quod tales non admitterentur ad successionem ab intestato, nihil in contrarium probat, cum hic sit voluntatis quæstio: nec video qui absurdum sit dicere: hæreditatem revocabiliter tantum adquiri iis qui tempore mortis extant.* ad l. 17. pr. de leg. 1. *responsum est in pr.* 2. lib. 1, tit. 13. not. 2.

* Fieri autem ea potest Jure Civili statim, Saxonico intra 30. diem, interim hæredi sola custodia, non possessio, aut jus administrandi, competit. *L. R. l.* 1. *art.* 22. *Conf.* Carpzov. *dec.* 294. *n.* 14. Id. P. 3. C. *El.* 14. *def.* 16.

5. Cætera ad hanc doctrinam spectantia, retulimus ad *d. tit. Inst. de Hæred. qual. & diff. n.* 6. *& seqq.* Duntaxat aliquot Positiones obiter ibi relatas, heic declarabimus. I. Hæres implendo conditionem, non statim adquirit hæreditatem, sed facultatem adquirendi consequitur. *l.* 13. *de Condit. Inst.* An igitur neque transmittit hæreditatem, si post impletam conditionem nihil aliud egerit, per quod hæreditas adquiri solet? Non videtur, quia conditione expleta, hæreditas dumtaxat quasi pure delata habetur. *l.* 26. *d. tit.* juncta *d. l.* 13. Sed jus deliberandi, ad quod scientia sufficit, transmittit, si intra annum moriatur. *l.* 19. *C. de jur. delib.* In suis hæredibus quæstio de transmissione non habet usum. Attamen si paruerit conditioni Suus, hæreditatem adquisivisse judicatur, & jus abstinendi amittit, *l.* 87. §. 1. *de Hæred. instit.* quid rursus in extraneo secus est; hic enim post impletam conditionem, adhuc repudiare potest. *l.* 1. §. 1. *de Condict. caus. dat. non sec.* Ratio differentiæ non est obscura, quod cum Suus ipso jure sit hæres necessarius, & abstinendi jus a Prætore veniat, effectus juris facilius cum necessitate in Suo, quam cum arbitraria libertate in extraneo hærede, coalescat. (b) Hic consentaneum est, suis hæredibus mortuis, antequam se abstinuerint, præsumi quod hæredes fuerint: ideoque creditores bona paterna non minus quam propria filii, occupaturos. Sand. *d. lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 9. Quod temperandum tamen, nisi contraria præsumptio adsit; quæ colligitur, si paterna hæreditas onerosa fuerit, per *l.* 12. *h. t.* Certe, cum sui hæredes liberos reliquerunt, hi, licet pater non abstinuerit, tamen abstinere possunt. *l.* 7. §. 1. *h. t.*

6. Non valet aditio hæreditatis, nisi fiat ex certa scientia, testamento delata sit hæreditas an ab intestato, item pure, an sub conditione, aliter facta, nec prodest neque nocet. Filia Patris hæredem se dixerat inops, impune. Sed aucta deinceps hæreditate, cum a Creditoribus Patris impeteretur, hac ratione se tuebatur, quod cum adiret, hæredem ab intestato se putasset, deinde vero prolatum esset testamentum, Ἐνόχως *l.* 13. *& seq. h. t.* An etiam scire debuit, utrum ex parte, vel in totum hæres esset? Nihil opus fuit, quia pro parte hæres, etiam invitus fit hæres in totum. *l. un.* §. *His ita.* 10. *C. de Caduc. toll. arg. l.* 1. *&* 2. *h. t.* juncta *l.* 7. *de R. J.*

7. Scilicet Jure Accrescendi, de quo prolixe actum *ad tit.* 1. *de Legat. n.* 23. præcipue quidem respectu Legatorum; sed & pariter de hæredis institutione: In qua Jus Accrescendi operatur etiam pro hæredibus ab intestato, etsi nulla ibi proprie conjunctio. Hæredes enim sive testato sive ab intestato, semper habent jus accrescendi, deficiente cohærede, propter sæpe dictam regulam *l.* 7. *de R. J.* Sed quando variæ conjunctionum species permixtæ sunt, tunc qui sunt in quaque formula peculiariter conjuncti, reliquis præferuntur. *l. un.* §. 10. *C. de Caduc. toll.* Velut, si dictum sit ita, Titius hæres esto, Cajus & Sejus hæredes sunto, aut fratris mei filii hæredes sunto. Deficiente e posterioribus uno, pars ejus ad alterum e posterioribus solum pertinet. *l.* 11. *l.* 13. *& l.* 15. *in pr. l.* 59. §. 2. *de Hæred. inst.* Proinde similiter, si tres sint hæredes ab intestato, qui jus habent singuli a possessore trientem petendi, ac unus eorum defecerit ante aditionem, reliqui duo singuli petent semissem. *l.* 9. *de Suis & legit. hæred.*

In fideicommisso quid juris? Hæres scriptus ex semisse rogatus est hæreditatem restituere, restituit. Interim cohæres defecit; Utri accresceт heic semis? Fiduciario, ut videtur; rogatus enim est de sua parte tantum, ne plus habeat fideicommissarius quam voluit Testator. Excipe, nisi fiduciarius adire & restituere compulsus sit, *L. Papinianus.* 43. *ad SC. Trebell.* quia tunc nihil lucri vel damni capit ex hæreditate. *l.* 4. *eod.* Proinde tunc etiam quod accrevit, restituere debet. *d. l.* 43. Cujac. 12. *obs.* 12. Numquid obstat, quod jus accrescendi partem adjicit parti, alluvionis instar, *l.* 33. §. 1. *de Usufr.* quæ est ejusdem Papiniani? Ego ita existimo: In *l.* 33. non doceri, neminem posse habere jus accrescendi, qui nullum corpus hæreditarium habet; sed quando pars fundi accrescit fundum habenti, tunc partem veterem & novam, quæ accrevit, eandem tem censeri. Cæterum, hæres habet jus accrescendi ex voluntate defuncti; Fiduciarius autem est hæres & manet hæres, etiam post restitutionem. §. 3. *Inst. de Fideicom. hæredit.*

Quare jam nihil vetat, opinor, quominus si quis ex re certa cum alio institutus, quam rem certam ei capere non licet, etsi nihil de rebus hæreditariis teneat, vi tamen hæredis institutionis, cujus non est incapax, jus accrescendi, altero deficiente, sit habiturus. Quæ

(b) *Pos.* 4. *&* 5.

Quæ res pertinet ad firmandum rei judicatæ exemplum, quod retulimus *ad tit. de Hæred. instit. n.* 8. ubi responsionem ad quædam objecta promisimus. Hæres institutus erat ex rebus Transisulanis, unus; alter ex reliquis bonis. Hoc ante testatorem mortuo, priori totam hæreditatem accrevisse judicatum est. Non obstat, inquam, *argum. d. l.* 33. ut demonstratum est. Nec obstat, quod hæres ex re certa habens cohæredem simplicem, pro legatario habeatur, *l.* 13. *C. de hæred. Instit.* legatarius autem jus accrescendi in hæreditate habere nequeat. Hæc enim ratio faceret, ne hæres ex re certa, licet ejus rei capax, jus accrescendi haberet, quod secus tamen esse receptum, *superius* probatum est. Dicendum igitur: Quod hæres ex re certa pro legatario habetur, id intelligendum esse, quando cohæres adquirit hæreditatem. Tertia oppositio est ex *l.* 35. §. 1. *de Hæred. instit.* ubi sic est traditum: Hærede ex re certa instituto, si forte tantum si æs alienum, ut nihil superesse possit, institutionem ex re certa factam nullius esse momenti. Multo magis igitur, si hæres scriptus capere non possit illam rem certam. Responsio est, verba *d. l.* 35. §. 1. similiter de eventu esse accipienda. Hæredis institutio, rebus licet adjectis, in se petentiaque sua est universalis, restrictio ad res certas, venit ex officio judicis; quo nihil opus, si quando cohæres non concurrat: Sed tunc universalis titulus in vacuam hæreditatem incidens, occupat universam. Idque volunt Dd. quando hæredem ex re certa, mediæ dicunt esse mixtæque naturæ inter hæredem & legatarium, ac uter modus ei sit applicandus, id *in suspenso* haberi, ut Bartol. ad *d. l.* 35. *num.* 1. item Salicetus, *ibid. n.* 3. Castrens. *n.* 2. Jason. *col.* 5. *in fin. & col.* 6. Ang. Aret. in §. 3. *Sed si quis Inst. Quib. mod. test. infirm.* Bachov. *vol.* 2. *disp.* 12. *th.* 1. *lit. A. vers. Alterum membrum.* Quare cum hæredis institutio, sicut est universalis, convenit hæredi scripto, is ipso jure est hæres & manet hæres, si deficiente cohærede, bonorum universitas ipsi pateat; quia tum judicis officium ad rei certæ adsignationem non pertingit. Unde liquet, hac parte non esse distinguendum, utrum cohæres vivo testatore, vel post mortem ejus deficiat, secus ac quibusdam videri, scribit & ipse disputat Bachovius in *loco citato.*

Denique, institutionem eo re certa, vi potentiaque sua universalem esse, clare patet, quando diversi hæredes ex rebus certis sunt scripti, nullus simpliciter aut ex parte assis. Tunc enim etsi res una valeat dodrantem, & altera quadrantem bonorum, singuli tamen sunt hæredes ex partibus assis æquales, & respectu rerum pro legatariis habentur, ideoque & onus æris alieni æqualiter ferunt. *l.* 35. *pr.* §. 1. *& seqq. de Hæred. Instit.* Sand. 4. 9. 3. Proinde sunt hæredes ambo universales, etsi judicis officio non adipiscantur plus, quam singulis relictum est. Idem inde ab initio juris est, quando unus ex re, alter simplex est hæres; sed tunc utroque concurrente, qui rem certam habet, in eventu nihil aliud consequitur, quam istam rem certam, reliquis bonis penes hæredem simplicem aut ex parte assis manentibus. Et tamen qualitas universalis ejus, qui ex re certa scriptus est, elucet in onere æris alieni, quod æqualiter cum hærede simplici fert; usque dum Re fortitan absorpta, vis institutionis in nihilum resolvatur. *d.* §. 1. *l.* 1. *C. si cert. pet.* Sand. *d. loco.* Christinæ *vol.* 3. *decis.* 20. *& vol.* 4. *decis.* 4. *n.* 6. Robert. 4. *rer. judic. C.* 13.

Postremo sciendum, jus Accrescendi locum etiam habere in casu Præscriptionis, si alter cohæredum tempore sit exclusus, veluti quinquennio in casu Querelæ inofficiosi, *l.* 23. *in fin. de inoff.* anno vel breviori spatio in bonorum possessione. *l.* 3. *in fin. & l.* 4. *de Bon. poss.* junct. *l.* 1. §. 12. *& seqq. de Success. Ed.* in aditione hæreditatis ordinaria, non potest aliter quam triginta annorum præscriptione, usu venire, quod rarius accidit. Accidit tamen, & vidimus exemplum alibi quoque relatum, quorundam, qui post triginta tres annos hæreditatis sibi delatæ certiores erant facti. Unus ex illis præscriptione exclusus erat; aliter, quod pars annorum 33. ipsi in pupillari ætate constituto non cessisset, admissus erat. Adjudicata est ei dimidia pars hæreditatis, quia nec plus dimidia petierat: de jure accrescendi, quod hoc casu perspicue obtinebat, non cogitaverat. Ita fieri posse videmus, ut hæreditas pro parte adquiratur, non jure, sed facto, vid. *ad tit. de Minor. n.* 8. *pag.* 178.

De modis adeundi hæreditatem egimus ad *d. tit. inst. de Hæred. qual. & diff.* Quibus non pauca e superioribus addenda colligi possunt; Præter quæ nihil habemus singulare. Adde Wissenbachium *th.* 16. *& seqq. h. t.*

TIT.

TIT. III.

Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur, & describantur.

I. Tempus aperiendi testamenti. II. Modus. III. Quomodo clausum & obsignatum fuerit olim testamentum. IV. Ratio inspiciendi & describendi testam. V. Usus hodiernus.

(a) ADquisitio hæreditatis ab intestato delatæ, recta via potest fieri. Testamentum si extet, hoc prius aperiendum est, quod fieri moris erat a die tertio ad quintum a morte testatoris, vel ex quo hæres absens redierat, inter horam diei secundam & decimam; ut scribit Paulus in *lib. 4. sent. tit. 6. Moribus* hodiernis convenientius est, quod habetur in *Auth. Sed neque. C. de sepulchr. viol.* ante exequias, adeoque ante nonum diem, nullam hæredi molestiam esse creandam, adeoque nec cogi illum posse ad aperiendum testamentum.

2. (b) Modus aperiendi erat, ut Prætor rogatus cogeret signatores convenire & sigilla sua recognoscere, quorum ubi major pars convenisset, fiebat resignatio, & recitatio, *l. 4. & l. 6. h. t.* ad absentes tabulæ mittebantur, ut agnoscerent, ne suo incommodo ad locum hæreditatis jacentis se conferre cogerentur, officiumque suum illis esset damnosum. *l. 7.* Quin & si plerique, vel omnes abessent signatores, Prætor aut Proconsul ad aperiendum procedere poterat, adhibitis optimæ opinionis viris, coram quibus fieret descriptum & recognitum instrumentum, ut deinceps ad signatores absentes tabulæ mitterentur, siquidem extarent; mortem enim eorum valori testamenti non præjudicare, verius est, per *d. l. 7. & l. 2. C. h. t.* Vigl. *ad §. 6. I. de Testam. Ordin.*

3. Diximus antehac, tempore Claudii, primum fuisse institutum, *ne tabulæ nisi pertusæ, ac ter lino per foramina trajecto obsignarentur*, ut refert Suetonius in *vita* Claudii *Neronis cap. 17. in f.* Idem addit, tum *esse cautum, ut in testamentis primæ duæ ceræ, testatorum modo nomine inscripto, vacuæ signaturis ostenderentur, ac ne quis alieni testamenti scriptor, legatum sibi adscriberet.* Hoc quidem a Claudio, non Nerone, sed ejus Patre constitutum est. *l. 15. in pr. ad L. Corn. de Fals. l. 3. C. de His, qui sibi adscrib.* Unde reliqua ab eodem esse, erratumque a Suetonio, conjicit Torrentius *ad locum prædictum.* Ex his liquet, Prætorem linum illud triplex in aperiendo incidisse, quo inciso legi & describi poterat testamentum, salvis signis, ut deinde rursus obsignatum ad testes, qui signa sua recognoscerent, mitteretur. l. 1. *§. pen. de B. P. sec. tab. d. l. 7. h. t. l. 2. C. h. t.* Sed quod in ipso testamento duæ priores ceræ dicuntur vacuæ signaturis fuisse; non ad ceras, quibus illud triplex linum erat obsignatum, referri debet, etsi Justinianus linum & ceram conjungat in §. 3. *I. de Pupill. subst.* verum ad tabulas ceratas, in quibus veteres scribebant, & in quibus ipsum testamentum constabat. In prima cera primi hæredes scribebantur, ut in illo Horatii 2. *Sat. 4.*

Quid prima secundo
Cera velit versu, solus multisve cohæres.

In secunda cera substituti hæredes suum habebant locum: proinde testator in prima cera nomen suum ponebat primo versu, secundo & sequentibus versiculis nomina hæredum: In secunda cera similiter nomen suum primo versu, dein substitutos hæredes. Sed Claudius jussit ad falsa prævenienda, ut Testator, antequam testes signarent, suum nomen duntaxat in utraque cera sive tabula pingeret, nihil prætera, vacuasque obsignaturis testibus ostenderet (ne quis *vacuas signaturis*, id est ipsis *signis*, apud Suetonium accipiat) sequentes ceras sive tabulas ceratas, implebat legatis, aliisque voluntatibus suis: post omnia testes subscribebant, nam sine subscriptione signa nihil valebant. *l. 22. §. 4. Qui testam. fac.* Postquam testes subscripserant, idque priusquam hæredum nomina collocata forent, Testator ipsemet, aut is cui fiderit, hæredum nomina tam primorum quam substitutorum, in primam secundamque ceram conferebat, antequam tamen clauderetur testamentum, & signis testium firmaretur, ne quis putet, liberum fuisse Testatori quovis tempore nomina hæredum supplere; id enim *unitati contextus*, quæ in Testamentis subtilissime requiritur, adversum foret.

4. Quan-

(a) *Pos. 5. & Pos. 2. tit. præced.* (b) *Pos. 4.*

4. Quando igitur Prætor ad aperiendum procedebat, primo inspicienda erant lina, quibus erant perforatæ & circumligatæ tabulæ, satin'essent integra. Si non; inquirendum erat, essetne linum vetustate situve putrefactum, vel a muribus rosum, aliove casu ruptum; vel ab ipso Testatore incisum. Hoc enim casu Tabulæ pro non signatis habebantur, prioribus causis peti quidem poterat hæreditas, sed non possessio *provisionalis*, quam vocant, ex *L. ult. C. de Ed. D. Hadr. toll.* juncta *l. 1. §. pen. & ult. de B. P. sec. tab.* Integro lino & sigillis, apertura fiebat, ita ut modo diximus *ex. l. 7. & sequ. h. t.* & Paulo *d. lib. 4. tit. 6.* (c) Consequenter inspiciebatur, & describendum dabatur omnibus, quorum interest, *l. 1. h.* nec admodum exacte, quatenus intersit, inquiritur, modo, si opus, de calumnia juretur. *l. 3. C. h. t.* In describendo celabatur olim dies & consul, ne quis falsum imitamento fabricari posset. *l. 2. §. 6. h. l. 3. C. eod.*

5. Ex his intelligi potest, quam solliciti Veteres fuerint in evitandis falsitatum occasionibus: quæ pleraque hodiernis moribus negliguntur. Nam primo totum testamentum scribitur, antequam testes subscribant, etsi illis non prælegitur. Signacula non solent addi. Nullo lino perforatur, ne quidem circumligatur ut plurimum, quo cera sigillisque muniatur; etsi hoc modo fieri posse nihil vetat & fiat a sollicitioribus aliquando. Hinc etiam, moribus hodiernis, nulla fit apertura testamenti, quandoquidem non est clausum & obsignatum; nec si quando tale reperiatur, opus est adhibitis Magistratibus; sufficit coram testibus fieri; atque ut plurimum ea res elato funere inter amicos administratur. Etsi possunt aut hæredes aut hi quorum interest, si quid dubii subsit, aut majoris securitatis ergo, testes ad judicem curare vocandos; ut ibi manus suas agnoscant reique gestæ seriem exponant. Sed fit raro apud nos. Tu vide Carpzovium *part. 3. C. 5. D. 24. & 25.* Mæv. *part. 3. def. 405.* Describendi copiam petere possunt, & quotidie petunt hi quorum interest, eadem publici instrumenti libertate, quæ legibus est prodita; sed cautio celandi annum & diem, non adhibetur: segnioribus, ut videtur, hominum in hac frigidiori parte mundi, ingeniis ad gubernandas falsi subtilitates, quam olim fuerint in Italia: etsi cupiditas forte hæreditatum non est minor, ut superioribus annis in Galliis, per aquas pulveresque successionum, quas vocabant, notabiliter compertum est.

TIT. IV.

Si quis omissa Causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hæreditatem.

I. Sententia & usus tituli. II. Casus, quibus cessat hæc actio.

(a) Argumentum *hujus tit.* continetur in hac historia facti, quod usu venit; Paterfamilias unicam habens sororem, cum qua maritoque ejus non bene ei conveniebat, hæredem equidem illam instituit; sed pauperibus aliisque tot ac tanta legata reliquit, ut vix Falcidia sorori superesset. Hæc cum hæres æque scilicet ab intestato esset, omisso testamento, hæreditatem adiit ab intestato, negans legatorum solutionem e testamento. Sed *argumento* hujus Rubricæ coacta est satisfacere legatariis: nam Prætor voluntates defunctorum tuetur, & eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti, ab intestato hæreditatem partemve ejus possident, ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex defuncti judicio debetur. *l. 1. pr. h. t.* Idem est, si quis per fraudem omiserit hæreditatem, ut ad legitimum perveniret. *l. 1. §. 13.* Quod si pecuniam acceperit, etiam in solidum tenetur, etsi cum alio hæres sit scriptus. *l. 10. pr. h. t.* Alioqui non oritur inde pœnale judicium, nec adeo Falcidiæ beneficio privatur hæres ex hac causa. *l. 18. §. 1.* Quod etsi nullus dolus, sed nimia gratia scriptum hæredem impulerit, ut omitteret hæreditatem, quo illa substituto, vel hæredi legitimo cederet, utilis actio danda est adversus possessorem hæreditatis. *l. 4. in pr. & §. 1. h. t.*

2. (b) Sunt casus, quibus actio ex hac parte Edi-

(c) *Pos.* 1. 2. & 3. (a) *Pos.* 1. 2. & 3. (b) *Pos.* 4.

Edicti cessat, iique tres potissimum. I. Si testator hæredi alternationem adeundi e testamento val ab intestato permiserit. *l.* 6. §. 1. II. Si quis omissa causa testamenti, pro emptore, vel pro dote, vel pro donato, sive alio quolibet titulo singulari, possideat hæreditatem. *l. ult. h. t.* Tunc enim venditor, vel donator, vel dotis dator, quem hæredem fuisse oportet, conveniendus. Nam si falso ejusmodi titulos præ se ferat, cum ipsemet hæres sit, veritati non præjudicari, quo voluntas defuncti circumveniatur, satis est manifestum.

T I T. V.

De Scto Silaniano & Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur.

(a) DOmino morte violenta, non clam, sublato, hæres primo omnium, quæstionem de servis habere debet, adeo ut fiscus tamquam indigno auferat hæreditatem, si quæstione neglecta hæreditatem adierit, vel tabulas aperuerit: *l.* 1. §. 17. & *l.* 5. §. 1. junct. *l. ult. h. t.*

(b) Atque hæc fuit Sententia SCti Silaniani. Claudianum sententiam Silaniani confirmavit, & insuper jussit, viro occiso, de uxoris servis, & uxore necata, de mariti servis æque haberi, ac de propriis personæ occisæ servis, quæstionem. *d. l.* 1. §. *si vir.* 15. Paul. 3. *sent.* 5. *tit.* §. *Neroniano*, 5.

(c) Accessit edictum Prætoris in *l.* 25. §. *ult. h. t.* quo cavetur, ne sciens quis testamentum dolo malo aperiendum, recitandum, describendum curet, priusquam de servis quæstio habita fuerit: & ut is, qui adversus ea fecerit, teneatur actione populari in centum aureos: cujus summæ dimidia pars accusatori conceditur, altera dimidia confiscatur. *d. l.* 25. §. *ult. h.* Adde *l.* 14. *l.* 22. & *l. ult. h. t.*

Cæterum, nullis hodie servis, etiam his Senatus-Consultis otium esse factum, res ipsa loquitur: An, si per extraneos, cæde facta, hæres hodieque non teneatur ad simile officium, videbimus ad *tit. de His, quæ ut indign.*

T I T. V I.

Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.

I. Effectus prohibitionis, ne Testamentum fiat, Confiscatio. II. In casu coacti Testatoris ad testandum, hæreditatem non redigi in Fiscum, nec esse locum hoc casu Edicto Quod metus C.

(a) BImembris hæc est Rubrica; prima pars agit de prohibitione ac impedimento Testatori injecto, ne vel faceret, vel mutaret Testamentum. Altera de coactione, per quam is, qui testari nolebat, compulsus est ad testandum, aut aliter quam vellet, testandum. Priore casu, qui captat hæreditatem legitimam, vel ex testamento, privatur actionibus hæreditariis & Fisco hæreditas defertur. *l.* 1. *in pr. h. t.* In quo commissio factum alterius alteri non nocet, qui scilicet ab intestato, vel priori testamento rite facto, jus succedendi habebat; confiscatio enim est pœna, quæ non nisi noxiis infligitur. Excipitur, si Pater vim fecit in utilitatem liberorum, *l.* 1. §. 1. sed fratris unius factum, alteri fratri sororique non nocet. *l.* 2. §. 1. Ne legatarii quidem violentia nocet fideicommissario, cui id ipsum legatum restitui debet. *d. l.* 1. §. 1. Cum vi comparatur hac parte dolus in *l.* 2. *pr. h. t.* quo pertinent mendacia & calumniæ, non blanditiæ, *l. ult. h. t.* nisi quod preces importunæ, instantes, adsiduæ, inprimis si adsit pondus reverentiæ, quam proxime ad metum accedere videntur. Sand. *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 11. Wissenb. ad *h. t. th.* 11.

2. De secunda parte Rubricæ, nihil est in nigro; sed in *l.* 1. *C. h. t.* ita est scriptum, *Civili disceptationi crimen adjungitur, si Testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui hæres est institutus, vel a quolibet alio, quos noluerit, scripsit hæredes.* Non est dubium, quin hoc casu scripti hæredes, non fiant hæredes, quia testatoris voluntate destituuntur. *l.* 9. *de Hæred. inst.* Sed de hæreditate quid fiat, merito quæras, utrum ea tum Fisco deferatur, an ad hæredes ab intestato per-

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Obs.* 3. (a) *Pos.* 1. & 2.

pertineat; Fisco eam deferri, communiter tradunt, ac ita D. Wissenb. *d. th.* 11. adducta *l.* 1. *C. h. t.* quæ nihil ejusmodi, ut verba *superius* sua demonstrant, continet. Sed ratio vult omnino, hæreditatem eo casu manere penes hæredem legitimum, vel priore testamento jure scriptum: quia posterius testamentum per *crimen* est compositum, cujus pœna non debet eum, qui nihil deliquit, affligere; ut faceret, si hæreditas ipsi adimeretur; nec Fiscus alieni criminis pœnam in alterius damni occasionem arripere debet. (b) His accedit, quod testamentum vi metuque expressum, sit ipso jure nullum; etenim Edictum quod metus causa, ad ultimas voluntates spectare non videtur, *arg. l.* 1. *quod met. caus.* junct. *l.* 20. *de V. S.* unde sequitur, testamentum vi factum, non rescindi, sed esse ipso jure nullum, per *l.* 5. *C. de LL.* add. *l.* 20. §. *ult. Qui test. fac. poss.* ubi coactio testium infert nullitatem, multo magis coactio testatoris. Quod si tale testamentum sit ipso jure nullum, ut pro non facto habeatur, hæredi legitimo vel antea rite scripto, per illud nihil decedere potest. Ita & recte Thomasius ad *posit.* 1. *h. tit.*

N. ADDIT.

Correxit hic Auctor opinionem suam in positionibus defensam, secundum monita Scholii nostri. Ergo ut clarius id evadat & positiones ejus & scholium nostrum erit apponendum.

Posit. 2. *Aufert etiam fiscus hereditatem ei, qui defunctum testari coegit*, (a) *vel prohibuit*, l. 1. D. & C. h. t. *& locum habet, etiamsi quis in gratiam alterius coegerit*, d. l. 1. C. h. *nisi is, qui scriptus est, ab intestato jus habeat, vel priori testamento jure sit scriptus & fraudis ignarus; huic enim factum alienum non nocet, ut quidem videtur*. l. 2. §. 1. h.

(a) Vix cohærent cum hac Auctoris assertio, ne generali, ea, quæ habet *posit.* 3. Si enim testamentum, in quo testator vi metuque ad testandum coactus fuit, est ipso jure nullum, sane fiscus non potest hæreditatem auferre in pœnam. Nam hæredes ab intestato nihil deliquerunt. Is vero, qui ita scriptus est, ex testamento nullo nihil consequitur, quod ipsi auferri queat. Ergo potius distingue: Vel testari prohibetur, vel cogitur. Si prohibetur, tum vel ab hærede legitimo, aut in priori testamento scripto, & tum hujus portionem aufert fiscus, *l.* 1. *pr. h. l.* 9. *de hæred. instit.* reliquis vero cohæredibus id non nocet, *l.* 2. §. 1. *hic.* vel a tertio, & tum iterum non nocet prioribus hæredibus. *l.* 1. §. *f. l.* 2. §. 1. *l. f. hic*. Si cogitur, tum testamentum illud est ipso jure nullum, sive cogentem instituerit in eo testator, sive extraneum, & hæreditas manet legitimis, aut in priore testamento scriptis, nam edictum quod metus causa tum locum non habet. *Vid. Schutz. in comp. h. t. p.* 397. Usum modernum pete ex Carpz. *Part.* 3. *const.* 5. *d.* 7. . . . 15.

2. *Accedit ratio, quia confiscatio est pœna, quæ non nisi contra nocentem habet locum, alioqui cum vi comparatur dolus*, d. l. 2. pr. *quo pertinent mendacia & sugillationes, quibus testator seductus est, non blanditiæ*, l. ult. h. t. *nisi quod preces importunæ, instantes, adsiduæ, proxime ad vim accedere videntur, maxime si reverentia illis juncta sit*. Sand. l. 4. tit. 2. def. 11.

His ita constitutis, nihil est in hujus tituli argumento, quod æquitas morum hodieque aversetur; Nisi quod jus Fisci multis locis hac parte sit abrogatum; qua de re videbimus ad *loc. com. Quibus ut indign.*

TIT. VIII.

De Jure Codicillorum.

I. Remissio. Discrimen inter codicillos & testamenta, multis locis obsoletum. II. Usum locorum, quæ jure civili utuntur, quoad hoc discrimen valde esse coarctatum. III. Discrimen inter populos, qui jure civili utuntur, & cæteros, quod ad clausulam codicillarem.

(a) Hujus tituli materiam paratitlarem, exhausimus ad Instit. *tit. ultimo libri secundi*, quo perinde, si quæ remissiones *supra* ad hunc locum factæ sint, remittimus Lectorem, quemadmodum & de celebri clausula Codicillari, quod satis est, illic actum vide-

(b) *Pos.* 3. (a) *Pos. un.*

detur. Præsertim, quia Scriptores hujus seculi magno consensu nullam esse differentiam inter codicillos & Testamenta, tradunt, relati a Groenewegio ad *tit. Inst. de Codicil.* & D. Voetio *ibid. art. de Moribus*; qui etiam inde colligit, nullam amplius esse necessitatem clausulæ codicillaris, etsi a Tabellionibus more potius, quam juris ergo subjici soleat. Cum enim testamentum nihil amplius ordinationis quam codicillus desideret, manifestum est, illa clausula non esse opus, ut testamentum jure codicilli valeat. Hinc etiam codicillis *hæreditatem directe dari & adimi, adeoque & exhæredationem scribi, moribus nostris nihil vetat*, ait ex Barone Groenewegius ad §. *ult. d. tit. Inst.*

2. Noster usus, aliorumque populorum, qui pro norma jus civile habent, atque adhuc in testamento septem, in codicillo quinque testes requirunt, ab hac confusione alienissimus esse deberet. Videndum tamen, ne parum absit, quin & invita jurisprudentia eodem redacti simus; postquam placuit & sæpe judicatum est, testamentum non habens hæredis institutionem, si tamen habeat requisita codicilli, pro codicillo esse habendum; etsi clausula codicillari careat, quemadmodum demonstravimus *ad tit. de Hæred. inst. a pr.* Nam quid opus clausula codicillari, si testamentum quantum est ipsum, pro codicillo haberi possit? Tu dices; Etsi testamentum sine hæredis institutione, & sine clausula codicillari valeat jure codicilli: non ideo testamentum cum hæredis institutione coram quinque testibus factum pari jure codicilli valebit, si clausula codicillaris absit. Imo nulla est ratio negandi hanc consequentiam: quia numerus quinque testium, non minus arguit animum codicilli faciendi, quam omissio hæredis institutionis eundem arguit.

3. Plane igitur sic statuendum est, Testamentum imperfectum ex nostro adeoque generali usu vim habere codicilli, utcunque nulla in hanc rem clausula sit adjecta. Sed hoc interest. In locis, ubi forma testamenti & codicilli promiscue exercentur, hæredis institutio, substitutio & exhæredatio, denique Legata sola sine hæredis institutione, simpliciter & directe valent, etsi forma non sit testamentaria civilis. In reliquis locis, ubi forma testamenti Romana servatur etiamnum, isti articuli, quos recensuimus, in scriptura non habente septem testes aliaque solennia, directe non valent; sed hæres legitimus, aut testamento ante rite scriptus, relicta implere debet, retenta pro se Trebellii Quarta, secundum ea, quæ ad *Inst. h. t.* demonstrata sunt. Qualis detractio Trebellianicæ apud eos, qui talia directe in scriptura habente subscriptionem Notarii duorumque testium valere volunt, non habet facultatem. Nam fideicommissi illius ratio hæc est: Codicillus habens directam hæredis institutionem, substitutionem, exhæredationem, hactenus ipso & summo jure nullus est. Sed quia Testator animum dumtaxat suum, quid fieri vellet, qualicunque modo significavit, ita colligitur *Testatorem voluisse rogatum hæredem legitimum, aut testamento prius institutum, ut quæ codicillo vitiose scripta sunt, implere velit.* Hujusmodi tacita rogatione nihil opus est illis, qui talia directe in scriptura non habente septem testes, fieri posse statuunt; nec habet tunc omnino illa rogatio terminos habiles. Aliud est in præteritione, cæterisque vitiis, quæ in testamento commissa, per clausulam codicillarem eandemque fideicommissi methodum sanari volunt Dd. Cum enim talia nec in Testamento nec in codicillo directe subsistant, sed omnis ultima voluntas illis vitiis summo jure nulla reddatur, non potest voluntas Testatoris effectum habere, nisi hoc modo; Ut hæres legitimus, vel antea recte scriptus, censeatur rogatus, ut his, qui testamento codicillove male sunt vocati, restituat hæreditatem, quod tum facultatem detrahendi Quartam supponere, manifestum est.

LIB. XXX. De Legatis & Fideicommissis I.

LIB. XXXI. De Legatis & Fideicommissis II.

LIB. XXXII. De Legatis & Fideicommissis III.

I. Argumentum materiæ, & remissio ad Inst. II. Ad definitionem Legati observatiunculæ. III. Differentiæ legati & fideicommissi. IV. De re aliena legata, & quam rarus ejus usus. V. An si legatarius alienæ rei, emerit illam sciens, æstimationem petere possit. VI. Quid si res sub conditione legata fuerit. VII. Recte mihi legari rem a me emptam non solutam, vel saltem non traditam. VIII. Quid si legata sit res, Testatori cum alio communis. IX. Quid si legetur res a testatore & legatario pariter empta. X. Alia species eo pertinens tractatur & exemplo rei judicatæ illustratur. XI. De personis incertis, quibus legetur. XII. Jus Accrescendi valere in quantitate legata. XIII. Hæredem, cui optio data erat, an vellet esse hæres e legitima, an certum capere legatum, si legatum elegerit, non habere jus Accrescendi. XIV. Expositio legis 74. de C. & Dem.

(a) SEquitur ingens tractatus de legatis, in plures articulos sectus, quorum tres totidem libris, cæteri quatuor sequentibus absolvuntur. Tres libri, quos nunc aggredimur, agunt de rebus, de personis & de modo legandi, quæ tria membra copiose ad Institutiones executi, heic more nostro singularia sectabimur, ad usum maxime pertinentia. Nam difficultates ad textus intricatioresque antinomias, quales heic minime desunt, si non incidant in expositionem fundamentorum juris, ut a paratitlari institutione aliena, modumque excedentia nostrum, prætervehemur. Habent apud Wissenbachium aliosque, nostri auditores, quibus exerceantur, idque agimus in Exercitationibus disputatoriis.

2. Ad definitionem Legati, quod sit *Donatio quædam a defuncto relicta, ab hærede præstanda*, sic notant, qui mores cum jure Rom. conferunt: *Usu fori legata non semper ab hærede præstanda, sicuti nec jure Romano novissimo, quia etiam debentur deserto testamento, vel ab executore testamento nominato, nullo scripto hærede, præstantur*. P. Voet *ad Inst. a pr.* ex Alexand. 2. *consil.* 2. Cuik. *ad Cravett. consil.* 324.

Quod ad jus novissimum attinet, possunt equidem legata relinqui, etiam ut a legatariis præstentur, postquam legata cum fideicommissis, quorum id olim erat proprium, *pr. I. de sing. reb. per fideic.* sunt adæquata, *l.* 2. *C. Comm. de legat. & fideic.* sed definitiones sumuntur ex eo, quod plerumque fit, legata legatariorum rariora sunt; præter quod sine dubio concedendum est, hanc definitionem juri

(a) *Pos.* 5.

ri antiquiori esse convenientem, ut apparet e collatione *d. pr. de Singul. reb. per fideic.*

Quod autem ille de moribus Gentium scribit, legata quoque deberi, testamento deserto, nequaquam ubique juris, utique nec apud nos est. Stamus heic, ut alias semper, dictamine juris Civilis, quod ita tradit: *si nemo subiit hæreditatem, solvi omnem vim testamenti*, certis dumtaxat casibus exceptis, quos refert Sandius *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 10. Nationes aliæ magis sequuntur æquitatem Canonicam, cujus etiam ex Vivio *decis.* 419. *n.* 3. meminit Sand. *d. def.* 10. *in pr.*

Verum est tamen, fieri posse, ut *nullo hærede scripto*, legata nihilominus debeantur. Nam legata jure novo relinqui possunt etiam in codicillo; quod olim non nisi de fideicommissis erat receptum, §. 10. *Inst. de fideicommiss. hæredit.* & quidquid in fideicommissis specialibus obtinet, hodie quoque de Legatis affirmatur. *d. l.* 2. *C. Comm. de leg.* Jam vero testamenta, licet hæredis institutione careant, tamen habentur pro codicillis, etsi Clausula codicillaris non sit adjecta, sicut habuimus *in tit. de Hæred. instit.* proinde legata in testamento sine hærede relicta, tanquam e codicillo, ex usu fori nostri adhuc peti poterunt.

Sandius *in d. def.* 10. numerat inter casus, quibus legata, destituto testamento, peti possunt, hunc; quando clausula codicillaris in testamento adscripta est, quia tum legata tanquam fideicommissa peti possunt a venientibus ab intestato. Sed res loquitur, etsi clausula sit omissa, nihilominus legata peti posse, per ea, quæ Sandius ipse tradit in *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 12. & nos ad *tit. præced.*

Ex eodem, inquam, fundamento sequitur, etsi testamentum inde ab initio non habeat hæredis institutionem, neque adeo clausulam codicillarem, legata nihilominus a legitimis hæredibus esse præstanda.

Quæ res iterum argumento est, quam sit inimica jurisprudentiæ, opinio illa pragmaticorum; quod testamentum sine hæredis institutione clausulaque codicillari, valeat ut codicillus; & quam late pateat strages, quæ per hanc positionem in sententias & capita juri civilis infertur.

3. (b) Dictum est alias, legata & fideicommissa per omnia esse adæquata, *l.* 2. *C. Comm. de legatis & fid. l.* 1. *h. t.* quoad ad effectus videlicet; at res & termini adhuc sunt distincti. Nam I. diversas habent definitiones & etymologias. Legatum dicitur, quia legis modo, id est, imperative relinquitur: fideicommissum, quia fidei & pudori committitur ejus, qui præstare rogatur. *pr. & §. ult. Inst. de fideic. hæred.*

II. Appellatione Legati sæpe significatur fideicommissum: fideicommissi vero appellatione nunquam significatur legatum. Cujac. 4. *observ. cap.* 23.

III. Omne legatum est particulare, fideicommissum vero partim est universale, partim speciale seu particulare.

IV. Fideicommissi proprium est, non legati, ut qui præsens a testatore rogatus est, omnimodo fideicommissum solvere cogatur, etiamsi nullus testis adfuerit, nisi juret, se non fuisse a testatore rogatum. §. *ult. Inst. de fideic. hered.*

4. Hæc ad præcognita. Transeamus ad RES. * Valere legatum Rei alienæ, constat, neque Moribus id abrogatum videtur; Etsi raro admodum accidat, ut sciens aliquis rem non suam alii leget. Quoties autem accidit, ut hujusmodi species in judicio tractarentur, fere ita memini observatum, Testatorem in opinionis errore fuisse versatum. Notabiliter in causa, quæ magnis animis superioribus annis agitata est, inter partes prænobiles. Juliana ab Oostheim, vidua D. B. de Verwou, legaverat domum amplam Franekeræ sitam cum fundis ad eam pertinentibus, quæ fuerat mariti sui, & quam, is jam pridem alii legaverat. Vir Nobilissimus Hero ab Ockinga, hæres mediate Testatoris & Testatricis, conveniebatur ab uno ad domum ipsam, ab altero ad æstimationem præstandam. Sed compertum est, Julianam in ea fuisse sententia, maritum sibi jus legandi de suis quoque bonis fuisse impertitum. Qua de re melius edocta suum

* Inter res legari prohibitas, est nostro jure Gerada, de ea enim in proximæ cognatæ præjudicium, ultima voluntate disponere non permittit *P.* 2. *C. Fl.* 14. Interim hujusmodi legatum non plane inane est, sed legatarius æstimationem ejus petere posse videtur, *arg.* §. 4. *I. de legat. l.* 10. §. 7. *ff. d. leg. I.* cum *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Jan. A.* 1700. *Conf. Carpz. P.* 2. *C. Fl* 14. *def.* 24. Diss. Schilter. *ad ff. ex* 19. §. 27. *Consent. resp. Fac. Jur. Lips. Mart.* 1619. *ap.* Strauch. *Exerc. Just. X. th.* 3. *add.* Dn. Thomas. *in annot. ad d. th.* 3. *verb. æstimationem præstandam. p.* 117. qui inter Geradam testatricis propriam & alienam legatam distinguit, ac priori casu legatum valere negat, posteriore concedit.

(b) *Pos.* 1. 2. 3. & 4.

suum quidem legatum revocavit per codicillum; etsi de verbis ejus ambigebatur; Sed non est dubium, quin in casu dubio facienda sit interpretatio pro hærede, ne bis eandem rem præstare cogatur, facilisque præsumptio incedit, testatorem vel testatricem non fuisse mentis ejus, ut rem nec suam, nec hæredis sui, max meque alii legatam, rursus legatam vellet. Atque ita bis a Curia per revisionem quoque judicatum est.

5. Fit aliquando, ut Legatarius, cui diserte res aliena legata est, eam rem emat, antequam sibi ut hæredi præstetur, §. 6. *Inst. de Legat. l.* 34. § 7. *l.* 84. §. 5. *de Legat.* 1. ubi casus paulo diversus, sed eadem est ratio, proponitur enim Legatarius ab hærede ipso emisse rem legatam, & dicitur, si pretium non solverit, rem sine pretio, quod si jam solverit, rem una cum pretio recuperaturus.

Quamvis autem ibi legatarius, *ignorans*, rem sibi esse legatam, emisse referatur, tamen in re legata & postmodum empta vivo testatore, nihil interesse videtur, sciat an ignoret Legatarius esse legatam, quia textus in *d.* §. 6. *& d. l.* 34. §. 7. indiscrete loquuntur; nec ratio ulla aut ex voluntate Testatoris, aut ex facto hæredis, quæ scientem mulctet, proferri potest. Testator bene cupiens Legatario, & sciens, quam is rem illam impense diligat, vult gratis ut eam habeat, pretiumque suis ex bonis solvatur. Legatarius non ferens desiderium, & expectationem mortis Testatoris, eam emit, sciens, per emptionem illam, conditionem præstationis, quam Testator hæredi injunxit, nihil mutatum iri; pretium enim & jam solvere debet & solvere debuisset, si non emere occupasset. Atque ita nec defuncti voluntas pervertitur, nec Legatarius quidquam fecit, quo juri suo renunciasse videri possit. Quid autem in *d. l.* 84. legatarius ignorans ponitur, minime obscurum est, quare id ibi fiat; Legatarius enim ab ipso hærede emit rem sibi legatam post mortem Testatoris, quod quidem sciens faceret sanus homo nullus. Sic etiam in §. 6. *h.* casus rei alienæ legatæ & emptæ, proponitur ita, *Si vivo Testatore Legatarius dominus factus fuerit.* Non quod a contrario sensu inde colligi liceat, aliud esse juris, si mortuo Testatore idem contigerit, sed tempus vivi *Testatoris* exprimitur, quia raro contingit, ut post mortem ejus, quando testamentum plerumque aperitur, & Legata continuo præstanda sunt, *l.* 47. *pr. de Legat.* legatarius de emptione cogitet, quanquam usu id venire potest, si vel legatarii quam hæredis commoditas ad emendum major sit, vel testamenti sententia ignoretur.

Accursius, cui Sandius valide adsentitur *lib.* 4. *tit.* 4. *defin. penult.* intelligit in specie *d. l.* 84. §. 5. rem sub conditione legatam; quod verba textus ferre non videntur; *si cognito Legato, ex testamento egerit, & servum acceperit.* Primo dicitur, Legatarius ignorasse legatum; dein cognovisse; *cognito* egisse, & accepisse. Ubi nihil ad petitionem & præstationem legati, quam cognitio requiritur, ibi legatum conditionale, quod existente demum conditione petitur, minime intelligi potest; Præter quod omitti non debuisset ejusmodi adjectio, qua tota Legati natura mutaretur. Argumentum Accursii est, si res pure legata fuisset, emptio non valeret; quia rem nostram emere non possumus, res autem pure legata nostri statim dominii est. *l.* 64. *de Furt.* Respondendum videtur, emptionem non dici valere, id est subsistere & effectum habere; Sed tantum actionem inde nasci, non ut impleatur contractus, sed ut retractetur. Hoc autem in jure proditum est, contractum emptionis in se nullum, aliquando eatenus tenere, ut is, qui per alterum est persuasus requisita validi contractus adesse, actione ex empto id quod sua interest consequi possit. §. *ult. I. de contrah. emp. l.* 4. *& l.* 62. §. 1. *eod.* Quo sensu dici potest, in exemplo *d. l.* 84. actionem competere ea empto, nec tamen valere contractum; imo specialiter de emptione rei propriæ constat, etsi contractus est nullus, repetitionem ejus quod datum est competere. *l.* 16. *pr. de Contrah. empt.*

6. Hoc obtento, sequi audebimus, etiam ex theoretica juris ratione, communem DD. sententiam; quod is, cui sub conditione res legata, vel fideicommisso relicta est, si pendente conditione illam emerit, posteaque conditio extiterit, actione ex testamento pretium repetere possit, sive ab alio, sive ab hærede emerit ipso, & quidem seu sciverit, sive ignoraverit rem sibi esse relictam. Idque primo; quoniam emendo nihil fecit, quod eum voluntate defuncti indignum reddere possit, aut quo liberalitati testatoris renunciasse videatur, ut paulo ante latius. Ratio altera; quoniam, qui rem alienam sibi legatam idque sciens emit, pretium tamen ab hærede possit petere, ut modo dictum. Quare non æque iu

re

re sub conditione legata? Vix alia ratio proferetur, quam quod is, qui sciens emit, legato renunciasse videatur. At hoc falsum esse, docet Pomponius in *l.* 45. §. 1. *de Leg.* 2. Nam *si sub conditione*, inquit, *vel ex die certa nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certam repudiare non possumus*; quibus verbis ratio tertia continetur. Item quod in *d. l.* 84. habetur, si *ignorans* emerit, id nihil obstare, quia non oportet credere, ibi de re sub conditione legata esse actum, ut modo ostendimus. Verumtamen in eo, qui sciens emit rem sub conditione sibi relictam, cessare videntur termini habiles actionis ex empto, tam si ab hærede, quam si a tertio emerit. Nam huic nihil omnino objicere potest, cur venditionem velit retractari: Sed neque hæredi; quia in pari contrahentium causa neuter adversus alterum agere potest, quoniam actio nascitur ex inæqualitate. *arg. l.* 3. *Condict. ob turp. caus.* Atque hoc est, quod in *l.* 29. *de Action. empti.* indicat Julianus; *Cui res sub conditione legata est*, inquit, *si is eam imprudens emerit, actione ex empto poterit consequi pretium*, jam videlicet solutum. Verba *si imprudens*, innuere videntur, hanc esse conditionem, sub qua repetitio datur, qua cessante, repetitionem quoque cessare consentaneum est. Sed non ideo Legatarius ab actione ex testamento, eo quod sciverit, excludetur, quia in hac dispar est ratio. Ex empto agenti recte opponitur; Cujus per errorem facti retractatio est, ejus consulto facti obligatio est. *arg. l.* 53. *d. R. J.* Frustra ad rescindendum id allegas, quod in contrahendo scisti, clare *in l.* 1. §. 1. *de Action. empt.* Sed agenti ex Testamento, nihil tale nec aliud quidquam objici potest, ut toties dictum. Dissent. Ant. Faber 5. *Conject. c.* 16. & *lib.* 6. *Cod. Sab. tit.* 25. *definit.* 15. Cui egregius Sandius cuperet adstipulari, si per Curiam liceret. *d. lib.* 4. *tit.* 4. *def. ult.*

7. Non posse mihi rem meam legari, dictum est. Verum si quis amico legaverit rem ab ipsomet emptam, at nondum traditam neque solutam, dubium non est, quin Legatum valeat; pretiumque & res, actione ex testamento possit peti, vel pretium per illam, res a venditore ex empto; quia certum est, illud Legatum non esse rei propriæ legatarii, sed alienæ; cum sit notissimum, non nisi traditione dominium transferri, & hoc quidem dubio caret; quin idem dicendum, si res jam tradita sit emptori, & propria ipsius facta, sed pretium nondum sit solutum; Legatarius enim id, quod sibi abest, petere ab hærede potest. *l.* 34. §. 7. *de Leg.* 1. *l.* 84. §. 5. *eod.* Neque enim in infinitum illud verum est, Legatum rei propriæ inutile esse; si quid enim Legatario ad jus libere ea re gaudendi desit, ejus petendi habet copiam; Hinc si legata mihi sit res propria, quam alii oppignoraveram, hæres creditori meo satisfacere cogitur, ut rem libere habeam. *l.* 86. *pr. eod.* Ratio, quia cum liqueat, Testatorem voluisse erga legatarium esse liberalem, effectum ea liberalitas, quatenus ulla ratione fieri potest, obtinere debet. Ut fiam dominus rei meæ, non potest efficere Testator, sed ut rem meam sine onere habeam, id facile potest, modo id onus mihi tempore testamenti facti incumbat. His consequenter, si legata mihi sit res empta a me atque soluta, sed nondum ullo modo tradita, quia res hæc mea non est, sed aliena, sine dubio dicendum, valere Legatum, & pretium peti posse, quia hic cessat ratio, qua legatum inutile redderetur, ex §. 10. *I. h. t.* ubi: *quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest.* Vere enim ante traditionem res aliena est, nunquam mea facta, quia modus, per quem unice mea fieri debet, non est perfectus. Quod lex igitur ejusque ratio non evertit, cur id stare prohibetur?

8. Jam si quis rem partim suam, partim alienam, id est absque divisione cum alio communem, simpliciter amico leget, satis expeditum est, tametsi nec qui dissentiant desint, eam totam deberi. Nam si partem putares, utram detraheres? Non propriam Testatoris; nec magis alienam; quippe cum Legatum rei alienæ valeat, si totius, quidni partis? Quod in re plane aliena statuit Imp. μετὰ πολλῆς σκέψεως; de eo, in re partim propria, partim aliena, dubitandum non est, cujus rei argum est in §. 25. *I. de adquir. rer. dom.* nimirum si scrupulus ex eo, quod res aliena erat, sit ortus, ut hic, & *d.* §. 25. Sane si Testator pro *mea* parte dixerit, aut quatenus est *mea*, clara scilicet res est, non deberi plus dimidia. Imo si dixerit, *meam* rem quæ communis est, sentire intelligitur, quatenus est *mea. l.* 5. §. *ult. de Leg.* 1. (1) Minus dubium est, si rem a se

(1) *Textus Pauli* ~~in l. 44.~~ de instr. vel instrum. leg. *me induxit, ut assentiar Vinnio, qui contendit, etiam tunc quando testator simpliciter dixit se talem rem legare, dumtaxat deberi partem quæ testatoris est, non alienam. Vide Vinnium* select. quæst. lib. 1. cap. 26. *Item ad* tit. Inst. de legat. §. 4. n. 3.

a se cum alio emptam, sed nondum traditam, simpliciter legarit; tota enim res deberi videtur, quia tota aliena est, nec quidquam adjectum, ex quo de parte locutus intelligatur: at si dixerit, fundum *a me* emptum, æque de sua parte sensisse videtur, atque in re propria vocem *mei* idem inferre, diximus ex *d. l.5.* ubi Labeo reprehenditur, quod legatum rei communis, adjecta voce *mei*, totum deberi scripserit, non obscure indicato, ita fore, si absit vox *mei*. Quod si dixerit, *Lego tibi fundum, quem ego & Titius emimus*, integer fundum deberi videtur, quia totum legato complexus est, neutrique parti quominus legari possit, quidquam obstaculo est, idque sive fundus jam sit traditus, sive necdum. Utrumvis eligas, nihil quod ad hanc quæstionem discriminis reperies: Etenim in illud, quod rei alienæ legatum valeat, omnia resolvuntur; subintellecto semper, si Testator conditionem rei sciverit.

9. Secundum hæc, si Testator legaverit rem à se & legatario pariter emptam, dicendum, caput quæstionis esse distinctionem facti, utrum tempore scripti testamenti traditio perfecta pretiumque sit solutum, an non. Si utrumque fuerit factum, nemo dubitat, quin non plus parte dimidia debeatur, quia pars altera legatarii propria est, cujus nullum est legatum. Si res sit in nudis contractus terminis, & eis conventionem stet, formulam verborum spectari oportet; Si dixerit. *Lego tibi fundum Cornelianum a me nuper emptum*, isque pro parte indivisa pariter a legatario sit emptus; dicendum, quod pars dimidia debeatur, quatenus Testator emit, quia hoc inferre verba *a me* emptum, modo ex *d. l.5.* probavimus. Si dixerit, *fundum Cornelianum* simpliciter, isque sit ab ipso & legatario simul emptus, necdum traditus neque solutus, ratio postulat, ut totum legatario deberi statuamus; partem testatoris, quia nemo de eo disputat, partem ipsius legatarii, quia adhuc est aliena & pretium illi incumbit, a quo Testator liberasse eum videtur, quia totum fundum, gnarus conditionis ejus, legavit, nec quidquam, ex quo de parte sensisse videatur, adjecit. Idem existimantus, quando scriptum est, *Lego tibi fundum, quem nuper tu & ego pariter emimus*. Utraque pars diserte legato comprehenditur, neutri, quominus jure legetur, quidquam potest opponi. Una debetur ut empta a testatore, pars altera, uti quam legatarius adhuc suam pretio facere debet, cujusmodi legatum liquido valere, *supra* occupatum est.

10. Verum ut hæ voluntatis quæstiones plurimum subtilitatis ac divinationis habent, unaque vocula adjecta vel subducta aliter atque aliter se offerunt, facile potest fieri, ut Testatrix, disponens de bonis propriis, ac jubens *ea, quæ communia cum marito habet, æqualiter inter illum & heredes suos dividi, & æs omne alienum partito ab iis solvi*; si tum ex *bonis communibus unum alterumque fundum leget marito*, non aliter ea quam juxta naturam communionis legare censeatur, quatenus ipsa jus ad res emptas habebat; ut quidem pretium, quod pars æris alieni est, communiter solvatur, bona omnia communiter dividantur, sed ista legata communioni subducta soli marito cedant. Hoc ex præcepto solvendi pariter æris alieni, & divisionis reliquarum rerum communium, efficaciter colligi potest. Verum, si nihil aliud dixisset, *quam se ex bonis durante matrimonio coemptis, legare marito illos fundos, pro quibus pretium scisset adhuc esse solvendum*; in illa verba, *ex bonis*, rationem juris non immutarent; cum nihil in illis quam demonstratio contineatur, cujus generis bona illa sint, & quod Testatrix inter coempta communiter, illa recenserit. Jam ut illos fundos secundum naturam communionis legatos dicamus, res loquitur, necessum esse, ut pro utroque conjuge, testatore atque marito, communiter empti sint. Potest enim fieri, ut conjuges fundum aliquem stante matrimonio emisse dicantur, nec tamen communio fundi empti sit inter eos. Nam pone, maritum jure sanguinis retraxisse fundum, sed uxorem pretii, ut sit, partem repræsentaturam. Hujus fundi nunquam uxor potest habere communionem, neque pretium ejus hæredibus pro parte incumbit. vid. Sand. *lib. 2. tit. 5. def. 3. vers. Porro si unus.* Ideo si declaret, se etiam ex bonis stante matrimonio coemptis, legare hunc fundum, dici non potest, eam legasse pro sua parte, quatenus ipsa jus ad adquirendum habebat, quia hoc nullum unquam esse poterat: sed ejusmodi res in legato reperitur, quæ empta quidem est stante matrimonio, sed in effectu pro solo marito comparata, ab eoque solo persolvenda est: Unde non aliud juris hic esse potest, quam quod *supra* diximus in legato rei emptæ a legatario, nondum traditæ neque solutæ.

Hæc

Hæc clariora fient exemplo rei judicatæ, de quo mea memoria bis apud Curiam, dein Revisione magna certatum est. Josina ab Aysma, Piboni a Doma, Ordin. Frisiæ a Secretis & dein Supr. Curiæ Senatori, marito suo legavit duos fundos, a se cum Viro pariter emptos, sed unus & major ex illis a marito jure sanguinis, utriusque tamen voluntate, retractus fuerat. Eadem Testatrix voluit æs alienum a viro suisque hæredibus pariter solvi: atque inter species æris alieni erant binæ pensiones fundorum legatorum. Hæredes volebant, ut maritus has pensiones secus æquo jure solveret, sibique soli fundos retineret: Ille sibi legatos adserere & ipsis totam incumbere solutionem, & secundum hanc sententiam vicit in prima instantia, &, si nihil de ære alieno dictum fuisset, obtinere debuisset per ea, quæ superius dicta sunt. In Revisione prima judicavit Curia, Testatricem jubendo æs alienum partito solvi, idem voluisse videri de pensionibus residuis fundorum legatorum; & marito satis constare beneficium legati in eo quod pro parte dimidia pretii totum haberet fundum. Quod in Revisione magna, cui ipse ab Ordinibus evocatus intereram, similiter visum; sed accidit tamen *ἀπροσδόκητον*, ut hæredes alterius fundi pretium soli solvere juberentur, quia totus erat proprius mariti, utpote per Retractum sanguinis adquisitus; Res autem mea mihi legata, non soluta, me pretii solutione liberat, ut modo probavimus. Nec obstabant verba, solutionem æris alieni communis utrique parti injungentia; cum illud pretium nihilo magis commune esset utrique, quam fundus ipse communis esse poterat, ut demonstratum est. Hoc ideo lubentius adjeci, quod res parum vulgo percepta, magis pro arbitramento, quam re exacte judicata, tunc & deinceps ab ignaris habita fuit. Accidit anno 1669.

11. De PERSONIS, quibus legari potest. egimus *ad h. t. n.* 21. ubi, quod personis incertis legari non possit; quia certum *debet esse testantis consilium*, & affectus ratio, quæ non potest habere locum in personis incertis. Videtur hæc incertitudo, inanitasque tam vagi affectus in causa fuisse, quare olim collegiis, municipiis, civitatibus, neque hæreditates neque legata relinqui potuerint, ut Ulpianus testatur *tit.* 22. §. 4. & 5. & Plinius Secundus *lib.* 5. *epist.* 7. quæ tamen sententia nostris legibus inserta non est, sed habemus contrarium in *l.* 32. *l.* 73. §. 1. & *l.* 117. *l.* 122. *de leg.* 1. *l.* 26. *ad SC. Trebell.* Quin & olim legimus, populo Romano non tantum viritim legata esse relicta, sed etiam publice, ut horti a Julio Cæsare in suo testamento, teste Suetonio *cap.* 83. *in fine*, nec credo Tiberium subtilitate juris se defendisse, cum legata ab Augusto plebi Romanæ relicta, non præstaret, de quo idem Suetonius *cap.* 57. *Tiberii Scurram*, ait, *qui prætereunte funere, elato mortuo mandarat, ut nunciaret Augusto, nondum reddi legata, quæ plebi reliquisset, attractum ad se, recipere debitum, ducique ad supplicium imperavit & patri suo verum referre.* Id vero per se jam patet, non hic agi de ejusmodi incertitudine, qua testator mentem suam non satis expressit, qualis est species in *l.* 62. §. 1. *de Hæred. Instit.* ubi testator plures ejusdem nominis habens amicos, unum simpliciter nominavit, cujusmodi irritum necessario fit legatum, nisi aliunde probari possit, quem testator designare voluerit. Perinde si dixerit, aliquid iis se relinquere, quos in codicillis nominasset, si nulli deinde nominati reperiantur, fieri non potest, quin legatum intercidat, ut ostendit. *l.* 18. *de Usufr. leg.*

12. De jure Accrescendi copiose dictum *ad Inst. n.* 23. & *seqq.* rursus *ad tit. de usufr. Accresc.* & tertium *ad tit. de Adquir. Hæred.* Heic velim addas; in quantitate, velut in summa pecuniæ, verius esse, jus accrescendi perinde ac in corporalibus habere locum, *l.* 15. §. 1. *de Legat.* 1. modo vere sint conjuncti, nam si in diversas quantitates singuli vocentur, nihilo magis jus accrescendi erit, quam si dictum sit, *Titio & Mævio singulos servos do lego. L.* 34. §. *pen. d. t. de leg.* 1. Sand. 4. 4. 7. Proinde etiam in fideicommissariis, modo aliqua conjunctionis forma inter se colligati sint. *l.* 43. *ad SC. Trebell.* Exemplum, ut usus rei concipiatur, de quo his diebus respondi consultus, adjiciam; *Remigiæ nepti meæ, quingentos florenos do lego; si moriatur sine liberis, hosce quingentos florenos* relinquo *Catharinæ, Iohanni, Atiæ & Petro Rombertis, æquis partibus.* Erant verbis conjuncti: Defecerant tres; respondi, quingentos integros jure accrescendi superstiti deberi, per ea, quæ *ad tit. de Usufr. Accresc.* Multoque frequentius hujus rei usus venit in quantitatibus legatis, quam in fundis aliisve corporibus legatis.

13. Ad tit. *de Adquir. Hæred. n.* 7. *vers. Quare jam.* diximus, Accrescendi jus non esse negandum hæredi ex re certa, licet hic se lega-

gatarii instar habere dicatur, multo magis, si hæres sit ex Legitima, per ea, quæ diximus *ibid.* Non est idem, quando hæres institutus accepit optionem, utrum velit esse hæres e Legitima, an certum capere legatum. Nam si legatum elegerit, hæredis qualitatem repudiavit, nec ideo potest habere jus Accrescendi, quod usu venit apud Curiam nostram in hac specie: Titia scripserat hæredes quatuor liberos, & totidem nepotes ex legitima, nisi mallent accipere tale legatum; Hoc cum elegissent, iidem ad partem unius e quatuor liberis, qui defecerat, admitti contendebant; sed repulsi sunt, quia nihil jam erant amplius quam legatarii. in *causa* Dr. S. H. *cum soc. contr. A. de L. cum soc.* Hæc obiter adjicienda putavi, ne quis putet admittendum, quod D. Voetius *ad* §. 8. *I. de Legat. n.* 3. aliique monent, jus Accrescendi cessare moribus hodiernis. Contrarium satis constat, ubicunque jus civile non simul est abrogatum.

14. Inter casus deficientis Legatarii, est Repudiatio Legati, jure competentis, & ex voluntate defuncti; qua facultate cessante, nullum est jus Accrescendi, quo pertinet species notabilis Papiniani in *l.* 74. *de C. & D.* cujus exegesin Thomasius subjecit *positioni nostræ* 71. *ad Inst. h. t.* ubi a nobis adducta erat, quam illic omissam heic collocabimus. Sic ille; *a Cajo* MULIERI CUIDAM *v. g. Sejæ* ET TITIO, USUSFRUCTUS, *& quidem utrique sub conditione*, SI NON NUPSERIT MULIER, RELICTUS EST. *Conditio hæc, ex parte mulieris nullam habet efficaciam, sed habetur pro non adjecta, propter legem Juliam Miscellam*, (l. 22. junct. l. 64. ff eod.) *at vero respectu Titii valet.* (l. 1. C. de indict. vid.) Si *igitur* MULIER NUPSERIT, *dimidium quidem ususfructus ad ipsam spectat, vi dictæ legis Juliæ*, QUAMDIU TITIUS ET VIVIT ET IN EODEM STATU ERIT; *imo etiamsi Titius moriatur & statum mutet*, (2) (*vide Gloss. in* casu d. l. 74.) *tamen Sejæ* PARTEM USUSFRUCTUS dimidiam HABEBIT, *& neutro casu Titius quidquam accipiet*, (*quamvis id velit Perez.* ad C. de ind. vid. n. 6.) *Sed quæritur, annon & altera pars dimidia, quæ ex voluntate defuncti, si mulier conditioni paruisset, spectasset ad Titium, deficiente jam conditione, Jure accrescendi ad Sejam pertineat? Et respondet Papinianus, negando. Nam jus accrescendi inter eos locum habet, qui ex voluntate defuncti aliquid ex legato accipiunt. Jam autem ex defuncti voluntate in hoc casu nec uxor dimidiam deberet accipere. Quod autem partem accipiat, a lege Julia est, ex qua alteram dimidiam petere nequit*, TANTUM ENIM BENEFICIO LEGIS, EX LEGATO CONCESSUM ESSE MULIERI, INTELLIGENDUM EST, QUANTUM HABERET, *si ipsa* CONDITIONI PARUISSET, *nec nupsisset: hoc casu vero saltem dimidium haberet, & Titius alterum dimidium. Sed* NEC, SI TITIUS, QUI CONDITIONE DEFECTUS EST, LEGATUM *quoad portionem suam* REPUDIET, EA RES MULIERI PRODERIT, *ut partem repudiatam possit petere. Frustranea quippe & ridicula est repudiatio ejus, quod, etiamsi velim, non possum habere.*

LIB.

(2) At si Titius moriatur vel statum mutet, satis innuit Papinianus quod mulier tunc integrum usumfructum sit habitura: ad quid enim dixisset: quamdiu Titius & vivit & in eodem statu erit, partem ususfructus habebis, si etiam Titio mortuo vel capite minuto partem tantum haberes? Deinde, quod Titio mortuo vel capite minuto mulier totum usumfructum habere debeat, evincit ratio Papiniani, secundum quam mulier beneficio legis debet habere, quod habuisset si conditioni paruisset, atqui tunc mortuo vel capite minuto Titio habuisset totum, adeoque etiam beneficio legis debet habere totum post mortem vel capitis minutionem Titii. Aliud est dum Titius repudiat, quia de jure repudiare non potest, & ideo, repudiatio Titii mulieri non prodest: sed nihil impedit quominus mors vel status mutatio Titii mulieri prosit.

LIB. XXXIII. TIT. I.

De Annuis Legatis & Fideicommissis.

I. Annuum quid. II. Multiplex ejus Legatum quo sensu. III. De Præscriptione debiti annui. IV. Annuum Reip. Ecclesiæ relictum. V. Annuum ex certo fundo relictum an totum debeatur. VI. De legato v. g. puellæ, donec nubat, *relicto*.

(a) ANnuum legatum est, cum testator quotannis parem quantitatem legatario vult præstari; a quo diversum est legatum annua, bima, trima die relictum: nam hoc est unum in tres pensiones divisum. *l. 3. pr. h. t.*

2. (b) Sed vere annuum legatum est multiplex; tot enim legata sunt, quot anni, *l. 4. h. t.* adeo ut singulis annis jus capiendi spectetur, *l. 11. h. t.* licet ante finem anni mortuus sit legatarius. *l. 5. & l. 22. h.* Primi quoque anni legatum est purum & certum, statimque a morte peti potest. Reliqui habent conditionem, si vivat legatarius initio cujusque anni, *d. l. 4.* quod secus in stipulatione, *l. 16. §. 1. de V. O.* ubi stipulatio annua dicitur una & perpetua, nec morte finiri. Qua de re diximus *ad Inst. tit. de Verb. obl. n. 4.*

3. (c) Hinc in annuis Legatis præscriptionis tempus ducitur a singulis annis; * adeo ut cum longissimum tempus elapsum est a primo anno, sequentibus tamen non sit præscriptum, per *l. 7. §. 4. & ult. C. de præscr. 30. ann.* junct. *d. l. 4. & l. 12. §. 1. & 3. Quand. dies leg. ced.* In Camera tamen Imperiali placuit, indistincte tot esse præscriptiones, quot sunt anni, tam e contractu quam e testamento, ut testantur Gailius 2. *obs. 73. in pr.* & Mynsing. *cent. 3. obs.* 13. etsi non desint, qui dissentiant, Schurff. *cons.* 10. *cent.* 1. Covarruv. *pract. quæst. tr. de veter. num. c. 7.* qui contrariam communem & veram esse contendunt. Forte nihil erret, qui distinguendum putet, inter promissionem annuæ præstationis, & inter pensiones annuas ex rebus adhuc extantibus; Ut promissio se referat ad tempus factæ promissionis, cui si totis 30. annis non sit exercita, merito præscriptum videatur. Sed cum res extat, ex qua pensiones debentur, non tam ad tempus contractus, quo pensiones constitutæ sunt, quam identidem & singulis annis ad rem spectamus: ut tum præscriptio ad singulos annos restringatur. Vide quæ dix. *ad tit. Si ager vectig. pet. in fine.* Adde Wissenb. ad *tit. sq. n.* 6.

4. (d) Sed quod Ecclesiæ relictum est, vel etiam Reip. id purum est & perpetuo debetur, *l. 6. & pen. h. t.* ut & illud, quod sacerdoti & custodibus templi relinquitur, quia ecclesiæ datum censetur. *l. 20. §. 1. Hic enim frustra adjiceretur conditio, cujus mentio fit in* posit. 3. *Nam Ecclesia & Respublica non moriuntur,* ait Thomas.

5. (e) Annua Quantitas ex certo fundo relinquitur, & quibusdam annis minus ex eo fun-

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. & 3. (c) *Pos.* 4. (d) *Pos.* 5. (e) *Pos.* 4. *tit. seq.*

* Et ita pronunciarunt Lipsienses JCti M. Oct. 1712. & responderunt M. Febr. 1709. In Electoratu tamen Saxoniæ *controversia* Sententia approbata est, adeoque XXXI. annis, VI. hebdomadibus, III. diebus, tam obligatio, quam annua præstatio penitus extinguatur, uti respondere Lipsienses M. Febr. & April. 1701. conf. Lil. Mencken. *Theor. & Prax. Pandectarum p.* 964.

fundo provenit, an tamen annuum, quod relictum est, legatario præstabitur? Non simpliciter, verum si ex præcedentibus aut sequentibus annis quod modo deficit, suppleri potest, id æquùm censetur. *l.* 17. §. 1. *h. t. &* *l.*13. *de Trit. vino ol leg.* Aliud est, si annua quantitas recta legetur, & solutio ex certo fundo fieri jubeatur; Tunc enim simpliciter annuum debebitur, etsi forte nec suppletio ex eodem fundo confici possit. Atque ita visum Curiæ nostræ in causa *Sybrig Folkers contra Livium Petri*. Annui triginta erant relicti, jussique præstari ex tali fundo; qui fundus labe temporum minime tantum reddere poterat, ideoque hæres plus quam inde redibat, solvere nolebat. Condemnatus est tamen non ad supplendum, sed ad persolvendum quod erat legatum; Res judicata est *ante ferias O. S.* 1679.

6. (l) Denique & hoc annuum est legatum, si quis puellæ *donec* nubat, vel studioso *donec* Doctor fiat, centum relinquat; nam quotannis centum debebuntur, per *l.* 17. *pr. h.* Menstrui legati est eadem ratio, quæ annui. Unde in Rubrica conjunguntur. *Pac. hic.*

TIT. II.

De Usu & Usufructu, & Reditu & Habitatione & operis, per Legatum vel fideicommissum datis.

I. An sub usufructu omnium bonorum legato, contineantur fideicommissaria bona hæredibus restituenda. II. Ad l. 35. h. t. *III. Differentiæ Legati usufr. ab Annuo. IV. Reditus ab usufr. discrimen. V. De Habitationis & Operarum legato.*

(a) QUi scit quid Usus, quid Ususfructus, & quid sit Legatum, eum scire quid sit Usus aut *Ususfructus Legatus*, facile constet. Atqui de utroque membro distinctis locis actum est; neque nostrum est, actum agere. Sed occurrit heic nova notabilis Quæstio, an sub legato usufructu omnium bonorum, comprehendatur ususfructus rerum, quas Testator ex veteri fideicommisso hæredi a se instituto restituere debebat; Nam bona fideicommissaria, quæ tertio restituenda sunt, non contineri sub usufructu generali, facile constat. Verum quæ sunt ipsi hæredi restituenda, hæc sub usufructu omnium bonorum, quæ Testator relicturus esset, contineri, disputat Sandius, ac ita judicatum refert in *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 9. laudato ut consentiente Johanne del Castillo Soto Majore *tract. de usufr. cap.* 39. *n.* 14. quem ego illic contra sententem reperio; eum enim retulisset, Menochium ita sentire, quemadmodum Sandius disputat, in contrarium citat Cavalcanum, Pacifium, Socinum juniorem, & Manticam *lib.* 9. *tit.* 6. *n.* 8. *in fin. & n.* 9. *cum seqq.* cujus *rationes & jura me fortiter movent*, inquit, *ut contra Menochium & cæteros ita tenendum existimem*, ut Mantica cum suis consentientibus tenet. *n.* 17. *in fine.* Plane, si Testator expresse jusserit hæredi suo, ut ipsorum quoque bonorum, quæ ipsi ex fideicommisso erant restituenda, usumfructum legatario præstaret, non est dubium, quin valeat ejus voluntas, cum & res proprias hæredis & alienas legandi habeat facultatem, ut alias intellectum, idque facile Sandius evincit in *decisione prædicta sub finem.* Verum quod sub verbis generalibus suorum bonorum, aut quæ ipse relicturus sit, de talibus testari voluerit, de quibus jam alius erat testatus, & quæ secundum alienam dispositionem sciebat habere suum ordinem testati; Quodque suum hæredem voluerit damnatum, ut bona, post suam mortem propria ipsius futura, tertio fruenda daret, sine expressa jussione, nequaquam est verisimile, neque civile creditu: *nisi probetur voluntas testatoris saltem ex probabilibus conjecturis*; Addunt Mantica & Soto Major, qualem tamen non esse, quando Testator ita dixit, *usumfructum omnium & quorumcumque bonorum*, sive, nulla re excepta, recte monent iidem. Multo fortius idem statuendum, si Testator sit parens & bona fideicommissaria liberis restituenda. Qua de re gravissima, extat rei judicatæ apud eandem Curiam nostram meæ memoriæ, auctoritas. Nobilis Matrona nostras, vidua, nupserat Ultrajectino nobili, quem & liberis suis Curata-

(l) *Pos.* 6. & 7. (a) *Pos.* 6.

torem petierat; verum cui prælatus est summi ratione avunculus affinis. Matrona testamento suo liberis hæredibus institutis, marito usum fructum omnium bonorum suorum reliquerat; qui petebat etiam a liberis usumfructum bonorum, quæ mater liberis suis ex avito fideicommisso restituere debuerat. Curator hactenus se opposuit, eo quod mater id nullo modo in præjudicium liberorum voluisse præsumeretur, *& obtinuit*, restricto usufructu omnium bonorum ad ea, quæ proprio jure liberæque Testatricis fuerant; Sub quibus omnino etiam nomina & obligationes continentur. *l.* 37. *h. t.*

2. Ususfructu fundi ad certum tempus relicto, hac lege, ut elapso tempore *v. gr.* quinquennio, fundus alteri restituatur, si Legatarius ante lapsum temporis moriatur, an debetur fideicommissario? Debetur, elapso videlicet quinquennio, *l.* 35. *h.* Wissenb. ad *h. t. n.* 11. Busius *ad d. l.* 35. quam alii mille ceperunt, quasi plane evanesceret fideicomm.

3. (b) Porro Ususfructus & superius Annuum legatum conveniunt, quod utrumque morte finiatur, *l.* 8. *de ann. leg.* sed differunt, quod ususfr. capitis quoque diminutione extinguatur, non annuum; quod & ita est in alimentis legatis. *l.* 11. *de Alim. leg.* Ususfr. legati dies cedit ab adita hæreditate, ut habuimus *supra l.* 7. *tit.* 3. annuum statim a morte testatoris. *l.* 12. §. 3. *Quand. d. leg. ced.* Ususfr. unum est legatum, nisi cum alternis annis vel mensibus legatur, *l.* 13. *h. t.* secus ac de annuo dictum.

4. (c) Legatum Reditus ab Ususfructu distinguitur, etsi quantitate proventus conveniant. Nam reditu relicto, Legatarius nihil quam petitionem summæ, quæ ususfructus æstimatur, habet; nullum autem jus in re consequitur, neque possessionem; nec quidem habitandi jus, nec impedire potest, quominus Hæres rem vendat. *l.* 38. *h. t.* Censetur autem & Reditus legari, si dictum sit; fructus ejus fundi dari volo uxori. *l.* 22. *h.* juncta *l.* 38. Si vero directe dixerit, Fructus do lego, magis est, ut sit Ususfructus. *l.* 41. *h. t. l.* 20. *de Usufr.* Wissenb. *ad h. t. th.* 1. Priore formula perinde est ac si dixisset Testator, *heres meus damnas esto dare fructus.* Quod nec hodie secus se habiturum puto, postquam formula vindicationis & damnationis amisit differentiam suam. Nec enim vis verborum naturalis & popularis sublata fuit, tollive potuit. Nec aliter hæc sermone vernaculo, ut videtur, obtinebunt.

5. (d) De habitationis & operarum legato, præter ea, quæ de operis & habitatione dicta sunt in *suis locis*, observa sis, operarum legatum cedere demum, ex quo petitæ sunt operæ. *l.* 7. Habitationis annuæ legatum in principio anni cujusque. *l.* 11. *h. t.*

TIT. III.

De Servitute Legata.

(a) Servitutis realis legatæ, (nam ita stricte hoc vocabulum accipitur, ut alibi) diversa ab Ususfr. ratio est: nam hujus legatum est individuum, secus ac Ususfr. *l.* 5. *D. de Usufr.* Unde ad servitutis legatum singuli hæredes in solidum tenentur, secus ac in usufr. *l. ult. h.* Ususfr. legatum cedit ab adita hæreditate, *ut superius*, de servitute hoc non videtur, per *l. un.* §. 6. *C. de cad. toll.* non obst. *l. ult. ff. comm. præd. l.* 19. §. 1. *quemad. serv. amitt.* de quibus vid. Wissenbach. *ad h. t. th.* 1. quæ describere non libet, & quod addam non habeo. Dissent. Bachov. *vol.* 2. *disp.* 13. *th.* 7. *lit. A.*

2. Quemadmodum autem reliquæ res legatæ, quarum est dominium, sine facto hæredis, perfecto jure competunt, *l.* 80. *de Legat.* 2. idem de servitutibus legatis intelligendum, *l. ult. h. t. & l.* 19. §. 1. *Quemadm. servit. amitt.* Sed & hoc *ad tit. Inst. de Servit. n.* 10. *in fin.* est occupatum.

TIT. IV.

De Dote Prælegata.

(a) Dos a marito dicitur uxori & relegari, & prælegari, *Rubr. & l.* 1. *pr. h.* hoc est, legando restitui & celerius solvi, quo respectu utile est hoc Legatum, dixi *tit. Inst. de Legat. n.* 15. *in fin.* Si præter dotem, legatum aliud acceperit uxor, aut hoc, sine dotis mentione, potest utrumque petere, sublato edicto de Alterutro. *l. un.* §. 3. *C. de rei ux. act.* Quatenus hæc usum habeant, ex iis, quæ de jure Dotium dicta sunt, intelligi potest.

TIT.

(b) *Pos.* 1. (c) *Pos.* 2. *&* 3. (d) *Pos.* 5. (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. *&* 2.

TIT. V.

De Opt. vel Elect. legata.

I. Optio legatur aut expresse aut tacite. II. Quando electio facta mutari pœnitentia possit. III. An filiusfam. sine jussu patris optare possit. IV. Peculiaris Vinnii sententia de Genere legato, refellitur. V. An species expressæ restringant genus.

(a) Optio & electio synonyma sunt, *l. 2. pr. h.* legaturque aut expresse, vel tacite. *d. l.2.§.1.* Tacite, cum genus legatur. De utroque diximus ad *tit. Inst. de Legat. n. 19. & seq.* copiose.

(b) 2. Semel autem facta electio mutari pœnitentia nequit, *l. 2.* nisi facta sit ante aditam hæreditatem, *l.16. h.* aut non omnibus exhibitis speciebus, aut re aliena, vel quæ non sit in commercio, optata, *l.4.* hæc enim vitia sunt electionis.

3. Etiam hoc, si filiusfam. sine jussu patris optaverit, id enim facere non potest *l.10.h.t.* quod tamen hodie secus obtinere videtur, postquam placuit, filiumf. etiam invito Patre adire posse hæreditatem. *l.ult.a pr. C.de bon. quæ lib.* De stipulatione constat, si filiusfam. alternative duas res stipulatus sit, eum, inscio Patre, electionem perpetrare posse. *l.ult. in pr. de V. O.*

4. De genere Legato est sententia peculiaris Vinnii *ad §.22.I.de Leg.* quam placet expendere; his verbis continetur; *Sed*, ait, *cum corpora genere legato contenta, certis finibus natura circumscripta non sunt, qualia sunt domus, navis, fundus, non legatarii, sed heredis electio est; qui rem unam, quam volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit.* Quæ sententia nec rationi convenire, & a juris auctoritate aliena, evertendæque sententiæ legum, quæ dant electionem legatario, esse videtur. Atqui Vinnius; *de domo legata hoc aperte scriptum est in l. si domus 71. de Leg. 1. Quapropter dubitandum non est*, pergit, *quin idem obtineat, si navis simpliciter legata sit, aut fundus, posito, quod nos putamus, fundi legatum valere, si testator fundos habuit.* Sed est verum, quod in illo textu *l. 71.* contrarium habetur. Ita pandectæ Florentinæ, *Si domus alicui simpliciter legata sit, cogentur hæredes, quam vellet domum, ex his, quas testator habuit, legatario dare*: alii codices, teste Gothofredo, pro vellet, legunt *voluerint*. Sed Vinnius vulgatam præfert lectionem, *cogetur hæres quam domum volet &c.* aut Holoandrinam, *cogentur hæredes quam domum volent.* Contra recentiores editores & scriptores, merito præferunt Hetrusci codicis auctoritatem, secundum quam res indubitata est. Videtur, si voluntati hæredum electio committeretur, non fuisse usurus JCtus verbo *cogentur*: nam ad quid *cogentur hæredes*? Ad aliquam domum in genere ex iis, quas habet testator, legatario dandam; quasi hoc dubium esset, aut ullo modo quæsitu dignum. Sine dubio vox *cogentur*, respicit dationem certæ domus, sed ad quam dandam cogentur? Ad eam quam volunt? Quomodo cohæret hoc, cogi ad id, quod arbitrio nostro committitur? Præter quod leges aperte lectioni Pisanæ suffragantur, quæ pro regula tradunt, quod legatarius eligit. *Si generaliter servus vel res alia legetur legatarii electio est*, inquit Imperator *d §.22. h.t.* Qui *rem aliam* indistincte appellat, intelligendum præbet, *aliam quamvis*, neque nobis distinctio fingenda, ubi lex indistincte loquitur. Atqui *inter ædes & ædes*, ait Vinnius, *inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest, ut nulla sit proportio, & major distantia quam inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupressos.* Opinor etiam inter hominem & hominem, in quo exemplo ponit Justinianus specimen regulæ nostræ, sæpe non minus interesse, quam inter Mantuam & Romam, inter cupressos & lenta viburna. Servus actor aut anagnosta, vel capsarius aut medicus, non minus præ mediastino excellit & pretio differt, quam domus ampla ab insula parva; neque enim in ejusdem hominis patrimonio, credibile est, domos adeo valore differentes extare, quam est proportio bovis ad muscam. Sed largiamur Vinnio illud antecedens, quid hinc adsumetur? Quid profertur, quare minus adsurda sit illa distantia, quando hæres

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

hæres eligit, quam ubi legatarius? Durum putas, legatarium petere domum amplam & novam, ubi parva & vetus est in hæreditate; nec tu iniquum censes, hæredem ei, cui testator domum simpliciter legavit, obtrudere casam, vel tuguriolum, ubi insignia & spectata ædificia relicta a testatore non desunt? *Sed præsumptio quidem est*, pergit Vinnius, *testatorem voluisse quam minimum onerare hæredem suum*, *l. 67. §. 8. de leg. 2.* unde parum tamen hæc præsumptio stabilitur; eique alia opponi potest; quod testator legatum ex benevolo affectu reliquerit, cui sit consentaneum, ut in generali sermone testator id relinquere voluerit, quod ad animum legatarii de rebus sub genere contentis maxime pertinet; at hæc frustra ventilantur. Ratio enim optima juris est superius collocata, quod in sermone generali ac indifferenti, quod inter duo extrema medium est, sequamur, idque testatorem voluisse præsumamus. Ita scilicet, ut in *l. 37. in pr. de Leg. 1.* docetur, *Legato generaliter relicto, id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur* ... ideoque *homine legato, actorem non posse eligi*. Quo observato, nullum periculum est, ne hæredem, electione legatario permissa, supra mentem testatoris, aut ultra quam æquum est, gravari contingat.

5. Frequens quæstio est, si testator primo genus leget, dein aliquas ejus species enumeret, utrum genus illud species restrinxisse videatur? Videtur, si accurata sit specierum recensio, quod tunc generi derogetur, *l. 18. §. pen. de Instr. leg.* quod si obiter & negligenter species una & altera sit expressa, non videri minutum genus, sed ex abundanti aliquot species adjectas. *l. 12. §. pen. eod.* (1).

TIT. VI.

De Tritico, Vino, vel Oleo legato.

I. Vino, Oleo &c. legato, quid debeatur. II. Eadem quantitas bis legata, an bis debeatur. III. Legato indefinite concepto, quid debeatur.

(a) VIno, cæterisque hujus Rubr. speciebus legatis, debetur quidquid testator numero vini habuit, modo non toto genere diversum. *l. 9. h.* Imo etiam talia, si testator ea pro vino habuerit, ut mulsum, zythum, cerevisiam, acetum, hydromely. *d. l. 9.* Quid hodie, si probaretur, testatorem aliquem, dum viveret, ita solitum esse loqui, ut hydromely, cerevisiam, & quidquid in cella sua liquoris haberet, nomine vini insigniret, an vino legato cerevisia quoque cæteraque deberentur? Ego mihi non persuaserim, nostratibus ita visum iri, & ratio differentiæ intelligi potest ex usu diverso linguæ & populorum. Nam in Italia vinum erat ordinarius potus; ideoque non omnino insolens erat, forte sub potiori quotidianoque potu omnia potulenta eodem verbo complecti; sic enim scribit Ulpianus, *acetum*, *zythum*, *camum & cætera pro hominum affectione atque usu, vini numero haberi*. *d. l. 9.* (1) Nostro autem usu linguaque, res foret ineptissimæ jactantiæ, mulsum & cerevisiam nuncupare vinum; maxime cum vinum heic non habeamus, nisi peregre advectum, minimeque ut ordinario potu utamur. Vix igitur futurum est, ut ullus paterfamilias tam splendide ineptiat, aut si evenerit, tamen ejusmodi exorbitantem sensum, licet usitatum testatori dum viveret, non applicabimus testamento; idque secundum Servii & Tuberonis sententiam Celso laudatam, *l. 7. §. 2. ff. de Supel. leg. Servius*, inquit, *fatetur, sententiam ejus, qui legaverit, adspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere, supellectili legata ea quoque contineri; non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere*.

2. (b) Quando eadem quantitas in eodem testamento bis legatur, fieri potest, ut etiam bis debeatur, si hoc voluerit testator, & evidentissime liqueat, idque Legatarius probare debet,

(a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3. 4. & 5.

(1) *Consule omnino de hac quæstione Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 3. capp. 13. & 14. *ubi tradit quinque regulas ad dignoscendum quid hac in re statuendum sit, quas exemplis e legibus petitis confirmat & illustrat. Eandem quæstionem exposuit quoque Vir Amplissimus Cornelius van Bynkershoek* observat. lib. 3. capp. 2. & 3.

(1) *Confer. Josephi Averanii* interpret. jur. lib. 2. cap. 18.

bet, per §. 4. *in fin. Inst. de Legat.* & *l.* 34. §. 1. & 3. *de Leg.* 1. Imo hæres *l.* 12. *de Probat.* si nempe diversis scripturis eadem quantitas legata fuerit, quia tum præsumitur pro Legatario, testatorem voluisse conduplicare Legatum. In eodem testamento creditur, non tam sæpius legasse, quam sæpius esse locutus testator. *l.* 66. §. 5. *de Legat.* 2. Quod si corpus idem bis in eodem Testamento legatum fuerit, constanter tenendum, non nisi semel esse præstandum. *d. l.* 34. §. 1. *de Legat.* 1. (2).

S C H O L I U M:

Aliud si in duorum testamentis. d. l. 34. §. 2. de Legatis 1. *Quid si in diversis scripturis ejusdem testatoris? Puto & hic semel præstandum esse.*

3. (c) Legato indefinite concepto neque certa quantitate adjecta; veluti hæres uxori meæ oleum, acetum dare damnas esto, id omne debetur, quod testator mortis tempore reliquit. *l.* 7. *in pr. h.* Si triticum oleumve, quale non fert natura, legetur, id inutile est. *l.* 7. §. 1. *h.*

Denique, si quantitas certa legetur ex aliquo fundo, & minus ex eo proveniat, nihilo plus quam inde provenit debetur. *l.* 5. *h.* Quod secus est, si quantitas *annua* ex certo fundo legetur, ut probatum est *ad tit. de Ann. Leg.* & ratio differentiæ est, quoniam Testator in annuo legato usum & indigentiam legatarii spectavit, in altero demonstrationem fundi taxationis causa expressit. (3)

T I T. V I I.

De Instructo vel Instrumento legato.

I. Instrumentum quid. II. Instructi significatio. III. Dotes prædiorum quid. IV. Usus & idioma temporis. V. De legato fundi, cum omnibus quæ in eo sunt.

(a) INstrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus possessio exerceri nequit, *l.* 12. *pr. h.* proinde instrumento fundi continentur ea, quæ fructus quærendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt *l.* 8. *h.* Non supellex, neque penus, nec pecora, quæ pascuntur, *l.* 9. & *l.* 12. §. 15. *h.* at sub instrumento villæ urbanæ continetur supellex, *l.* 19. §. 1. *h.* mola quoque est instrumentum ædium, *l.* 26. §. 1. non fundi, *l.* 18. §. 2. quod moribus hodiernis plerumque contra se habet.

2. (b) Sed fundi instructi plenius est legatum, *l.* 12. §. 27. *h. t.* instrumentum enim ad possessionem rei pertinet, instructi vox ad usum patrisfam. unde & supellectilem continet. *d. l.* 12. §. 28. add. tamen §. 29. & 30. item *l.* 2. *C. de V. S.* Fundo legato debetur instrumentum, etsi fundus perierit, aut alienatus sit: nempe, quod ad instrumenta, quæ ad usum patrisfam. in eo fundo attinent. *l.* 5. *h. t.* Sed instrumentum quod ad fundum pertinet, non debetur. §. 17. *I. de Leg.*

S C H O L I U M.

Clarior erit mens Auctoris, si jungas huic positioni Prælect. ad Inst. de Legatis, n. 17. p. 234. seq. *Aliter conciliat Struv.* h. t. th. 58.

3. Instrumentum & *dotes prædiorum* pro synonymis habet D. Wissenbach. *ad d. tit. ff. de Instruct. leg. th.* 6. ex *l.* 2. §. 1. *d. tit.* & sub dotibus numerat, stramina, stercora, boves aratorios, aratra, ligones, corbes, pedamenta, vimina, stabula, casas, safira, servos fundo destinatos, dolia, prela & id genus alia. Atqui hæc omnia sub instrumento contineri, recte probatur ex *l.* 1. & *seqq. eod. tit.* sed dotes prædiorum non videntur idem esse, verum æque late petere ac *fundus instructus*. Ita enim Papinianus ait, *dotes prædiorum, quæ Græco vocabulo ἐνθῆκαι appellantur*, cum non instructa legantur, *legatario non præstantur*. Ergo tantum debentur, *si fundus instructus* legetur; Dotes igitur prædiorum plures sunt, quam res a Wissenbachio enumeratæ, ut etiam supellex & pecudes fructuosæ, similiaque sub iis complectendæ sint.

4. Cum his noster usus & dialectus si conferantur, nihil examussim illis conveniens reperio. Nam instrumento comparari deberet vernacula vox, *gereedschap*; qua voce instrumenta agri-

(c) *Pos.* 6. (a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3. & 4.

(2) *Casui hic monetur Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 4. cap. 10. *ubi luculenter agit de quantitate rei uni vel pluribus semel vel bis legatæ.*

(3) *Celebris est hæc quæstio, an assignatio certi fundi, vel loci, vel summæ, facta censeatur taxationis, an demonstrationis causa: si taxationis causa, & minor quantitas ex eo provenerit, aliunde nihil supplendum erit, secus si demonstrationis causa fundus assignatus sit. Hanc quæstionem, propositis variis distinctionibus, adductisque cunctis LL. ad eam pertinentibus, pulcherrime exposuit. Vir doctrina & judicio eximius Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 2. cap. 23.

agriculturæ continentur; non tamen ſtercora, ſtramina, alvei apeſque, equi aratorii, vehiculares, pecudes neceſſariæ ad fructum fundi exercendum, & id genus alia, quæ Romani ſub inſtrumento comprehendunt. *d. l. 3. & ſeqq. h. t.*

Fundus inſtructus, *uytgeruſt*, ſi legetur, valde dubitem, quomodo noſtrates id acciperent. Non eſt abs re, ſi teſtator ejuſmodi vocabulo uteretur, pleniſſimam ejus voluntati interpretationem ſuffragari, ut omnia, quæ ad fundum exercendum requiruntur, legatario deberi viderentur.

Sed paterfamilias noſtras commodius fecerit, ſi diſtinctis utatur vocabulis ad res diverſas comprehendendas, ut cuique nationi ſuo modo. Noſtris *Gereedſchap* inſtrumenta artificialia ſignificat. *Beslag*, pertinet etiam ad pecudes, per quas fundi fructus exercetur; adeo ut his verbis Fundus *met ſyn beslag*, poſſet, opinor, videri, ferme idem contineri, quod ſub fundo inſtructo in Jure latino ſignificatur, *ſive cum ἐνθήκαις & dotibus prædii*; etſi plerumque pecudes ſpecialiter quoque nominentur, *levendige have*.

5. (c) Fundo legato, cum omnibus, quæ in eo ſunt, etiam merces venales debentur, *l.* 27. §. 3. *h. t.* at uſufructu ita legato, merces venales non debentur, quia venditionis cauſa modum uſuſfr. excedit. *l.* 32. §. 2. *de uſufruct. leg.* Thomaſius ſe hanc rationem non agnoſcere ait, per ea, quæ dixerit *ad tit. de Servit. poſ.* 3. & 4. Quæ ad hanc rem quomodo pertineant, non intelligo. Tu videſis Wiſſenb. *h. tit. th.* 9. (1).

N. Addit.

Scilicet & ibi, & in Scholiis ad titulum Inſt. de Servitutibus, ac nunc utrobique in novis additionibus, oſtendi, falſam eſſe hypotheſim Auctoris, quod ſervitutes etiam perſonales, & inter has præcipue uſusfructus non poſſint venditionis cauſa conſtitui, & ſupra quoad uſumfructum jam exemplum dedimus in uſufructu ſylvæ & lapidicinæ &c. Hinc jure petii in ſcholio illo, oſtendi debere aliam rationem differentiæ, qua illæ duæ leges, quæ obſtantes alias videntur poſſint conciliari. Nunc vero ab illo deſiderato abſtineo, poſtquam re propius perſpecta deprehendi, d. l. 27. §. 3. h. t. *nil minus decere, quam quod fundo legato & iis, quæ in eo ſunt, debeantur merces venales. Tu lector ipſe textum conſule. Ait Scævola*: Liberto, quem hæredem ex parte ſcripſit, fundum per præceptionem dedit, in hæc verba: *Pamphile liberte præcipito, tibique habeto fundum meum Titianum, & agellum Sempronianum cum inſtrumento, & his, quæ in eodem erunt cum moriar, familiaque quæ in eo fundo moratur, exceptis, quos manumiſero*. Quæſitum eſt, cum teſtator in eo fundo aliquantum vini in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat, & partem tertiam pretii pro eo acceperat, an vinum in doliis remanens ad libertum ex cauſa præceptionis pertineat? Reſpondit; verbis, quæ proponerentur, contineri, niſi manifeſte contrariam voluntatem cohæredes approbent. *Ubi hic agitur de mercibus venalibus, & quod illæ ad legatarium pertineant? Agit partim de vino vendito, quod legatarius non accepit, partim de reliquo vino non vendito, quod legatario ſecundum deciſionem JCti, quæ nullam rationem dubitandi habet, debetur. At non ſequitur*: Teſtator aliquantum *vini, quod in doliis habebat*, totum *vendidit*, *ergo reliquum vinum eſt merx venalis. Non magis, ac ſi quis fundum ruſticum poſſidens ſuperfluum & abundans frumentum vendidiſſet, quis enim & tum diceret, frumentum reliquum eſſe mercem venalem? Quod igitur ſub uſufructu domus, & rerum quæ ibi ſunt, ſec.* l. 32. §. 2. de uſufr. leg. *idem Scævola neget, merces venales contineri, non ex eo eſt, quod uſusfructus venditionis cauſa non poſſit eſſe, ſed partim, quod in ſpecie uſusfructus domus non conſiſtat in venditione mercium, partim quod per verba*, quæ ibi, *i. e.* in domo ſunt, *intelliguntur res, quæ ibi ſunt tanquam ſupellectilis aut certe tanquam domus acceſſoriæ, qualia non ſunt merces venales*.

(c) *Poſ.* 5.

(1) *At nec ſub proprietate fundi legata, cum omnibus, quæ in eo ſunt, merces venales comprehenduntur, uti probat* l. 4. §. 2. de penu leg. l. 60. §. 2. de legat. 3. *Textus autem in* l. 27. §. 3. h. t. *commode accipi poteſt de vino ad uſum familiæ deſtinato, quod continetur ſub legato fundi inſtructi*, l. 12. §. 10. h. t. *Ideo etiam Scævola in* l. 27. §. 3. h. t. *proponit teſtatorem id vinum in doliis habuiſſe & in doliis remanſiſſe, in quibus ad uſum perpetuum ſervabatur; at cum vendebatur, in amphoras & cados diffundebatur*, l. 14. l. 3. §. 1. de trit. vino vel oleo leg. *Sed nec pecunia numerata ſub hoc legato continetur*, l. 44. l. 86. de legat. 3. l. 78. §. 1. de leg. *niſi præſidii cauſa ſepoſita ſit*, l 79. §. 2. de legat. 3. *de quo caſu verſus accipi debet Scævola in* l. 27. §. 3. h. t. *Calendarium quoque & nomina debitorum ſub hoc legato non continentur*, l. 86. pr. de leg. 2. l. 41. §. 6. l. 70. §. 1. & 3. l. 91. pr & §. 2. *l.* 92. de legat. 3. *in quam ſententiam Auctor inclinat* ad tit. de ſupellect. leg. n. 6. *Videſis omnino Joſephi Averanii* interpret. jur. lib. 2. cap. 21.

TI-

TIT. VIII.

De Peculio Legato.

I. Si servus cum peculio legetur, peculii legatum esse accessorium. II. De peculio filiifam. legato. III. Usus hujus tituli.

(a) Tit. de peculio legato, nihil habet præcipui, præter id, quod est in §. 20. *I. de Legat.* nisi hoc addere velis, Servo legato, aut libertate ei data, non intelligitur peculium datum, nisi exprimatur, *l.* 24. *hic. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer.* legatum vero accessionis vicem obtinet; itaque extincto servo simul extinguitur. *l.* 1. & 2. *eod.*

2. (b) Filiisfam. quoque peculium legari potest, *l.* 19. §. 2. *h.* Idque usum habere posset hodieque; sed ejus dies cedit, ut alias, a morte testatoris, sive ipsi filiofam. sive tertio legatum sit, aliter ac in peculio servi; nam hujus dies, cum servo legatur, cedit ab adita hæreditate, quia Libertas legata tum cedit diem, *l. un.* §. 6. *C. de Caduc. toll.* & quia legatarius habet, quidquid tempore diei cedentis est in legato; habet etiam servus augmentum peculii, quod inter mortem & aditam hæreditatem accessit, secus ac alius, cui peculium fuerit legatum *d.* §. 20. *Inst. de Legat.*

3. Usus quod ad servos nullus est; posset aliquis esse de peculio filiifamilias, quando pater filio dedit pecuniam aut merces, in quibus negotietur, *l.* 4. *ff. de pecul. leg.* nam quia per habitationem propriam, nostræ patriæ moribus, ut alibi dictum, non tollitur patria potestas, nihil vetat, quominus peculium filiifam. pro tali habeatur, sicut jure civili præscribitur.

Ideoque vel ipsi filio vel alii cum effectu legari poterit.

TIT. IX.

De Penu Legata.

I. Quid penus, & penu legata quid debeatur. II. Quid si testator huic legato pœnam adjecerit. III. Usus hodiernus.

(a) Dicitur Penus ex eo, quod non in promptu est, sed intus & penitus reconditum. Gell. *lib.* 4. *c.* 1. Penu legata debetur quidquid esui potuique est, *l.* 3. *pr.* & §. *seqq. h.* etiam ligna, carbones, thus, cerei, unguentum, chartæ epistolares, & vasa, sine quibus penum habere non licet, *l.* 3. §. 9. 10. & 11. non medicamenta, *l.* 5. *pr. h.* non vasa cociniaria, nec instrumenta culinæ. *l.* 6. *h.*

2. (b) Quod si aliquid penoris dare jussus, & non dedisset, pecuniam solvere hæres damnatus est, penus erit in præstatione, pecunia vero in petitione, postquam hæres est in mora dandi. *l.* 1. *eod. l.* 10. *l.* 24. *Quand. dies leg. ced. l.* 115. §. 2. *de V. O.* Adde Wissenb. *h. th. ult.*

3. Hoc *Penoris* legatum est etiam peculiare Romanis; in nostra lingua non habemus æquipollens vocabulum, quo non tantum esculenta & poculenta, sed etiam ligna, carbones, chartas epistolares, cereosque complectamur. Proximum est, si quis leget, *alle eet en-drink-Waren*, sub quo tamen & jumentorum cibaria intelligi possunt, juxta *l.* 3. §. 7. *ff. de pen. leg.* scilicet eorum jumentorum, quæ usibus testatoris deserviunt, non quæ locantur, nec quæ ob opus rusticum habentur, ut quidem est in *d.* §. 7.

TIT. X.

De Supellectile Legata.

I. Supellex quid. II. Vasa argentea, an supellex & quid hodie. III. De libris & capsis IV. An species derogent generi. V. Sub mobilibus, an pecunia continеatur. VI. Nomina videri sub mobilibus comprehendi. VII. An sub Legato mobilium & immobilium. VIII. Casus ea de re specialis.

(a) Videamus de supellectile, ita dicta, quod ea, quæ *sub pellibus* militiæ, aut in legatione usui erant, comprehendebat. *l.* 7. *in pr. h.* Quid est Supellex? Est domesticum Patrisfamilias instrumentum, quod neque argento aurove facto, neque vesti adnume-

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. & 2.

meratur, ut Pomponius finit in *l.* 1. *ff. de Supell. leg.* Vox fine dubio convenit cum nostro vernaculo *huysgeraedt*, cui illa definitio bene convenit, atque a vestibus æque separatur. vid. Carpzov. 6. *Resp.* 34.

2. Vasa aurea & argentea fintne pro fupellectili habenda, dubitatum fuit inter veteres; sed ex usu temporum interpretatio desumpta fuit, priscis temporibus non erant aurea argenteaque vasa loco supellectilis *secundum seculi severitatem nondum admittentis argenteam supellectilem*, ait Paulus in *l.* 3. §. *ult. ff. de Supell. leg.* sed deinde crescente luxuria nihil dubitatum est, *d. l.* 3. §. 3. & 4. nisi quod de escario potorioque auro argentoque, scrupulum injicit Modestinus in *l.* 8. *d. tit.*

Mores nostri, ut antiquis Romanis sunt liberaliores hac parte, ita recentioribus impares, servant mediocritatem; ut argentea vasa instrumentaque in usu quotidiano testatoribus habita, sine dubio pro supellectili sumantur, non ea, quæ in armariis reponi, nec aliter quam solenni occasione proferri solent, ut & Curiæ nostræ visum apud Sandium *lib.* 2. *tit.* 5. *def* 5.

3. De libris potest quæri, numquid supellectilis loco sint, quia non excipiuntur in definitione, sed tamen non esse, nec quidem capsas & thecas librorum, indicat Paulus in *l.* 3. § 2. *ff. de Supel. leg. Sunt*, ait, *qui recte putant, capsas aut armaria, si librorum aut vestium, aut armamentorum gratia parata sunt, non esse in supellectili, quia ne hæ quidem ipsæ res, quibus attributa essent, supellectilis instrumento cederent.*

De bibliothecis, id est capsis librariis, hodieque non dubitabimus, quin sub *huysgeraedt* non contineantur, etsi de capsis vestium secus opinari populus videtur; quanquam ratio Pauli nunc etiam valeat. Vestes non sunt supellex, (*huysgeraedt*) ne hodie quidem, ergo nec capsæ, in quibus vestes custodiuntur: sed consequentia non videtur esse moris nostri; pendent enim hæ res ab usu linguæ populique consuetudine, qua capsæ & cistæ habentur in numero supellectilium *van huysgeraden.*

Proinde capsæ, in quibus armamenta civica vel familiaria continentur, eodem pertinere videntur, imo de his ipsis armamentis, si habeantur ob usus civiles venandive causa, videri possent habenda pro supellectile, non si causa belli atque castrorum. At in contrarium nos vocat Alfenus in *l.* 6. *pr. d. tit. Supellectilis*, ait, *eas res esse puto, quæ ad usum communem patrisfamilias paratæ essent, quæ nomen suæ generis separatum non haberent*: sicut arma, libri, vestes, nominibus separatis cognoscuntur. Idemque de omnibus instrumentis, quæ *ad artificii genus aliquod* pertinent, existimandum. *d. l.* 6. *in pr.*

Proinde ne quidem libri, quibus paterfamilias omni die familiaque ejus usa est, ut sunt Biblia sacra vernacule scripta, librique medici vel coquinatorii, legata supellectile continebuntur, quia nomine proprio distinguuntur, ut quidem ratio velle videtur.

4. (b) Si primo legetur supellex, deinde species una & altera adjiciatur, ea tanquam superflua non minuit legatum, *l.* 12. §. *pen. de Instr. leg.* sed pluribus speciebus accurate adjectis, derogatum videtur legato. *l.* 18. §. *pen. eod.* vid. *l.* 9. *h. t.* Latius hoc D. Wissenbach. *ad tit. de Instr. Leg. th.* 8.

5. (c) Hoc loco de mobilium legato commode agi potest. Cum de *mobilibus* legatis agimus, jure civili continetur sub iis pecunia, quia res mobilis est. *Tit. Inst. de reb. corp. & incorp. l.* 79. §. 1. *ff. de Legat.* 3. Hoc hodie secus esse, docet Pinelius ad *l.* 1. *C. de bon. mat. part.* 2. *n.* 50. *Licet*, inquit, de jure, *mobilium* nomine *contineatur pecunia*, *secundum proprietatem vocabuli*, *hodie tamen*, *attento usu vocabuli contrarium judicandum sit*. *Notorium enim est*, *homines appellatione mobilium*, *non sentire de pecunia*, *sed de supellectile & de ornamentis* &c. Idem de usu fori universo testatur Wissenbachius noster *ad tit. ff. de legat.* 3. *th.* 9.

Vereor tamen, ne non diversa sit ratio linguarum exoticarum a nostra & a Romana, nam Galli, Itali, Hispani voce *mobilium*, *Meubles*, intelligunt fere supellectilem; & nostrates, cum hac voce peregrina utuntur, intelligunt ea, quæ ad domum instruendam habentur, ac etiam ornamenta, aurumque factum & infectum, *non pecuniam*, neque bibliothecam, ut videtur, aut animalia.

Sed quando loquimur vernacule, *tilbare*, sive *roerlijke goederen*, non animadverto, quin hoc vocabulum æque late pateat, ac *mobilium* vox apud Latium; nec puto quidquam obstare, quin ita satis liquido observatum, quoties usu venit, existimo. Etiam vero pecunia & bibliothecæ sub iis verbis comprehenduntur, solæque res soli excluduntur, quæ dicuntur *onroerlijke*, ad quas cum pecuniæ cæteræque res

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4.

res nullo modo pertineant, neque tertium genus faciant, ad mobilia sine dubio referenda fuerint.

6. (d) An etiam nomina & obligationes sub *mobilibus* continentur, id est, *tilbare of roerlijke goederen*: nam vocem *meubles* huc non pertinere, certum est? Multis videtur, eamque communem Doctorum sententiam esse, ad *tit. Inst. de reb. corp. & incorp. & ad tit. ff. de Rer. Divis.* diximus, idque prolixe Voetius adstruit *ad tit. Inst. cap. de Moribus*. Sed ea sententia nititur hac hypothesi, quod divisio rerum in corporales & incorporales, usu temporum obsoleverit, ut auctor idem aliique contendunt; hoc refutavimus ad *d. tit. Inst. & Dig. de Rer. Divis.* Imo quod magis est, ne quidem sub legato mobilium & immobilium simul, videntur obligationes & nomina comprehendi, ut Sandius tradit *lib. 4. tit. 4. def. 6.* Species facti illic quidem est de annuis reditibus, sed idem sentire Sandium de obligationibus aliisque juribus, manifestum est, *eo, quod reditus, sicut alia jura & actiones, tertiam bonorum speciem a mobilibus & immobilibus differentem constituere* scribit. Atque ita recte, si Testator hæredem instituerit, uxorique aut alii mobilia & immobilia legaverit; Hæres sine dubio res incorporales, ut nomina & obligationes, cæteraque jura habebit. Alioqui non pœnitet me sententiæ positæ *ad d. tit. de Reb. corp. & incorp. & ad tit. de Rer. Divis.* quod, ubi lex aut paterfamilias omnia bona dispescit in mobilia & immobilia, quemadmodum sæpe fit, tum incorporalia sub iis contineantur, ita ut jura personalia referantur ad res mobiles, & realia ad immobiles.

Ita, si quis omnia sua bona mobilia & immobilia pignori obligaverit, non est dubium, quin etiam res incorporales juraque pignore teneantur, ut sæpe fert usus.* Si quis etiam hæredes instituerit ex omnibus suis bonis mobilibus, & immobilibus, nemo dubitabit, quin hæredes etiam incorporalia sint occupaturi.

7. Quid autem, si Testator, omissa hæredis institutione, bona sua tam mobilia quam immobilia, legati titulo uni vel pluribus reliquerit, ut fit, & memini accidisse, numquid & isti legatarii res incorporales obtinebunt? Non videri, suggerit id, quod modo tradidimus, sub legato mobilium & immobilium incorporalia non contineri; at in contrarium vocat, quod alias dictum est, testamentum carens hæredis institutione moribus nostris sustineri, *supra tit. de Hæred. inst. a princ.* ituque legati in hoc casu a plerisque institutioni æquipollens habetur.

Magis tamen est, ut sustineatur hactenus omissa hæredis institutio, quod ejusmodi dispositio pro codicillo habeatur, in quo legata valent *sicut legata*, quæ ab hærede legitimo vel priore testamento rite instituto, præstari debent his, qui in testamento, quod caret hæredis institutione, scripti sunt. Unde sequi videtur, legata bonorum mobilium immobiliumque non aliter accipi in testamento, ubi nulla est hæredis institutio, quam ubi recte hæres scriptus est: resque incorporales eo casu manere penes hæredem legitimum, ut alioqui manent penes hæredem scriptum; ne jus illud enorme, quod Testamentum sine hæredis institutione valeat, ulterius etiam extendamus in favorem vitiose instituti, quam accipi possit in favorem rite scripti hæredis, *per ea, quæ modo de hoc genere legati dicta sunt.*

8. Sic satis intelligentur positiones, quas ad finem hujus tituli adjecimus. Sub legato mobilium continentur etiam nummi simpliciter, etiam quos Testator præsidii vel mutui dandi causa repositos habuit, *l. 79. §. 1. de Legat. 3.* at si mobilia, quæ certo loco sunt, legaverit, tum nummi ad mutuo dandum repositi, non videntur legati, *l. 79. §. 1. de Legat. 3.* nihil obstantibus *l. 41. §. 6. & l. 44. D. d. t.* Ne merces quidem venales continentur sub mobilibus certo loco demonstratis. *l. 92. eod. l. 32. §. 2. de usufruct. Legat. l. 1. & 2. C. de V. S.* Cautiones quoque & nomina & actiones, sub tali Legato non continentur, imo hæ, cum ne quidem corporales sint, plane sub Legato mobilium & immobilium non comprehenduntur. *l. 86. pr. de Legat. 2. l. 12. §. 45. de instruct. vel instrum. Leg.* Sandius *lib. 4. tit. 4. def. 6.* Adde Wissenbach. *ad tit. de Legat. 3. th. 9.*

(d) *Pos.* 5.

* Et ut Serenissimo Legislatori Saxoniæ placuit, in *Ord. Processuali tit. 46. §. Nachdem aber auch 8,* usu hominum hoc ita jestelarie, quamvis novissimo processuali jure hujus constitutionis non appareat usus.

LIB. XXXIV. TIT. I.

De Alimentis vel Cibariis Legatis.

I. Quæ sub Alimentis continentur. II. Quid si hæres alium educare jussus sit. III. Quantitas alimentorum. IV. Quid si prædium ad alimenta legatum sit. V. Quid Diaria.

(a) SUb alimentis continentur cibaria, vestitus, habitatio, non quæ ad disciplinam pertinent, nisi testator aliud voluerit, *l.7.h.* quod in patre facilius præsumitur. *arg.l.* 4. *Ubi pup.educ.* Unde in edicto Carbon. disciplina semper sub alimentis continetur. *l.6.§.5. de Carb. edict.*

2. (b) Interpretatio alimentorum legatorum est favorabilis; unde hæres educare dumtaxat jussus, omnino alere tenetur, *l.ult. h.* item alimenta simpliciter relicta, in perpetuum relicta videntur, si ad pubertatem, plena pubertas intelligitur. *l.* 14. *pr.* & §. 1. *h.* (1) add. *l.* 11. *h.*

3. (c) Quantitate alimentorum non expressa, modus secundum facultates & ex præsumpta voluntate testatoris statuendus est. *l.* 22. *pr. h.*

4. (d) Prædio alicui ad alimenta legato, * non alimenta exinde ad vitam, sed proprietas debetur, alimentorum adjectio causæ locum habet. *l.* 4. *vers. quan.* & *l.* 22. §. *ult. h. t.*

5. (e) Diaria idem significant, quod Cibaria, quibus neque vestis, nec habitatio, nec calcearia continentur. *l.* 21. *h.*

TIT. II.

De Auro, Argento, Mundo, Ornamentis, Unguentis, Veste vel Vestimentis, & Statuis Legatis.

I. Rubricæ summariorum loco est.

(a) AUrum & argentum est triplex, factum, infectum, & signatum. Sed hoc tertium sub auro argentoque simpliciter dicto non continetur. Cum enim aurum vel argentum legatum est, quidquid auri argentique relictum sit, legato continetur, sive factum, sive infectum, pecuniam autem signatam placet eo legato non contineri. *l. cum aurum.* 19. *ff. h. t. l.* 27.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5. (a) *Pos.* 1.

(1) *Consule rursus pro expositione* l. 14. pr. & §. 1. h. t. *Stephanum Averanium* interpret. jur. lib. 3. cap. 4. & 10. *ubi contra Surdum* in Tract. de alim. priv. leg. 5?. n. 8. *probat eandem ætatem etiam in divitibus observandam esse.*

* Secus est, si alimenta, ex certo fundo singulis annis præstanda legentur, sic enim legatario fundi nec proprietas, imo ne quidem hypotheca specialis in eo alimentorum causa, competit, Guid. Pap. *dec.* 576. *n.* 1. Schilter *ad ff. Ex.* 39. §. 95 Jure consuetudinario autem Saxonico hoc casu specialis hypotheca fundum afficit, secundum Schilt. *l. c.* Carpz. P. 1, C. 12, *d.* 132. Richt. *de priv. Cred. c.* 5. *n.* 29.

l. 27. §. 1. *& seqq.* Hæc quoque res varietati linguarum morumque subjecta est. Nam Galli de suo idiotismo contrarium testantur; Si enim quis legaret in hæc verba *Je legue a Titius tout mon or & argent.* Id est, *Lego Titio omne meum aurum & argentum*, hujusmodi legatum non nisi pecuniam signatam includere, non etiam vasa aurea vel argentea, affirmant Tiraquell. *de retract. gentil.* § 1. *gl.* 20. *n.* 1. *&* 2. & Mornac. in *l.* 2. *C. de Constit. pec.* Hoc ideo, si verum, quia Galli non habent vocabulum, quo nummos sive pecuniam ab auro argentoque distinguant; sed vox *argent*, in celeoriore significatu pecuniæ soli convenit, potius quam argento facto infectove. Sed usus nostri sermonis cum Romano convenire videtur; habemus enim proprium nomen *Gelt*, quo nummos ab infecto factove argento aurove discernimus. Ideoque nullus dubito, quin sub legato auri argentique, *van al het Gout en Silver*, pecunia non comprehendatur, sed vasa instrumentaque facta ex illis metallis, massæque si quæ reperiantur, ejusdem materiæ dumtaxat. vid. *l.* 27. §. 2. *ff. eod. tit.*

2. Postremo, qui legat omne *suum* argentum, aut vestem *suam*, neque legat hoc, quod est in credito, nec id, quod post testamentum factum comparatur; quia vox *suum* & proprietatem & tempus præsens significat. *l.* 7. *l.* 9. *& l.* 27. §. 2. *h.* (1)

3. (b) Mundus est, quo mulier mundior fit. Continentur eo specula, matulæ (non ad vesicam levandam, sed ἀμύταινα Pollucí, & glossis ampulla olearia, Cujac. 10. *obs.* 17.) Lavatio, Riscus, arcula, vasa unguentaria, & si quæ similia dici possunt. *l.* 25. §. 10. *h.* (2) Nos una voce, quæ *Mundo* respondeat, caremus, opinor; aliter essent hæc circumscribenda.

4. Ornamenta sunt, quidquid ad ornandum corpus adhibetur, & enumerantur in *d. l.* 25. §. 10. sed exigenda sunt ad cujusque regionis & linguæ proprietatem. Margaritæ sub ornamentis, non tamen rudes, continentur. *d. l.* 25. §. 11. Eadem ratio est in ferro, stanno, ære, plumbo, aurichalco & similibus, ut debeatur tam infectum quam factum. Gemmas a lapillis, utrasque a margaritis distinguunt Latini, *l.* 19. §. 15. *& seqq. præl. tit.* puto etiam lingua nostra. Gemmæ *eedele gesteenten*, Lapilli sunt *steentjes*, Margaritæ, *peerlen*, habent singulæ suum nomen proprium, neque sunt *steenen*, sed conchæ maris, sic etiam succina varii generis, suis nominibus cognoscuntur. *d. l.* 19. §. 18. Forte hæc omnia continentur sub nomine *Kleinodien* aut *Juweelen*, quod est a Gallico *joyaux*, & hoc a latino *jocalia*; qua voce puto contineri, inquam, gemmas, lapillos, margaritas, succina, corallia, torques, annulos, catenas aureas argenteasque, & omnia, quibus ad ornandum corpus utimur, nec ad vestimenta pertinent; etiam cingula ex argento facta, clavesque dependentes; ut hoc vocabulum diserte accipitur in *lib.* 4. *Stat. Fris. tit.* 11. *art.* 14. Idem sine dubio vox *Kleinodien* significat, & quidem clarius & indubitatius quam *Juweelen*, quod multi angustius sumunt quam in statuto usurpatur, & origo vocabuli dictat; vox *jocalia* quippe satis commode ea cuncta comprehendere videtur; & sumuntur igitur *promiscue.* Quæsitum est e testamento Nobilis matronæ, an imago *Christinæ Reginæ* gemmis circumdata, quæ marito ejus in Suecia Legato donata fuerat, sub voce *Juweelen* contineretur. Respondi, ita videri; maxime, quia matrona sæpe eam in pectore gestaverat ornatus causa.

5. Major, quam in supellectile, discrepantia moris hodierni atque Romani est, ratione vestium legatarum. Namque sub vestimentis legatis continentur *omnia linea laneaque, vel serica, vel bombucina, quæ induendi, præcingendi, amiciendi, insternendi, injiciendi, incubandive causa parata sunt. l. vestis* 23. §. 1. *ff. de Aur. Arg. mund. vestim. leg.* Hinc etiam culcitæ, cervicalia, tapeta, tegumenta subselliorum atque lectorum, sub veste continentur. *l.* 25. *eod. tit.* Quod a nostris moribus abhorret; nec enim ea, quæ insternendi, injiciendi, incubandive causa parantur, sub voce *Kleederen* simpliciter posita, continentur; sed tantum, quæ induimus, quæ præcingimus atque amicimus, adde etiam, quæ imponimus, ut sunt pilei, quibus veteres ita non utebantur. Quod ad materiam attinet, sine dubio non tantum lanea, serica, bombucina, sed etiam linea sub veste continentur hodieque, etiam pellicea, quod & Romani agnoverunt. *d. l.* 25. §. *ult.* Calceos tamen inter vestimenta non numerabant, *d. l.* 25. §. 4. *in fin.* quod nec fit sermone nostro proprie. At quia voluntas testan-

(b) *Pos.* 2.

(1) *Vide omnino Josephum Averanium interpret. jur. lib.* 4. *cap.* 12.

(2) *Confer his Corn. van Bynkershoek observat. lib.* 3. *cap.* 14.

stantium plenius accipi solet, non putarem, legato vestimentorum hodie calceos eximendos esse; maxime, quia nunc induuntur, quod olim ita non fiebat, & sine calceis homo non potest dici plene vestitus esse: de sandaliis idem videtur, nec non de pileis, qui Romanis ut dictum, in usu non erant ordinario.

6. (c) Distinguuntur vestimenta in virilia, muliebria, puerilia, familiaria opposita forensibus. *l.* 23. §. 2. Item *Communia*, quibus sine reprehensione vel vir, vel uxor uti possit: Plerisque enim muliebribus vir sine probro vix utatur, ut Ulpianus *d. l.* 23. §. 2. quod & jure divino prohibitum. *Deuteron.* 22. Ne quidem ad tempus, & ludendi causa, pudore talvo. Plato apud Dionysium rogatus, ut eum aliis inter scyphos & pocula stolam muliebrem indueret, recitavit apposite hos Euripidis versiculos, teste Suida in Voc. Ἀρρενος.

Οὐκ ἂν δυναίμην θῆλυν ἐνδῦναι στολήν
Ἄῤῥην πεφυκὼς, καὶ γένους ἐξ ἄρσενος.
Stolam mulieris induere qui possim ego,
Vir natus & ex stirpe genitus masculâ?

Idem de muliere viriliter induta. Notum illud Juvenalis Satyr. 6.

Quem præstare potest mulier galeata pudorem,
Quæ fugit a sexu?

Nec quidem pro patria laudanda hæc enormitas, cujus plura, maxime in ethnicis nostris, exempla, nisi valde Heroico & extraordinario quodam necessitatis casu; quo Galli referunt notum Puellæ Aurelianensis exemplum.

7. (d) In omnibus hisce vestimentis, auro argentoque legatis, frequenter obtinet regula, quod Accessio cedat suo principali. *l.* 19. §. 20. *l.* 32. §. 1. *h. t.* Utra vero sit accessio vel principalis, id non ex pretio spectamus, sed utra res ob alteram habeatur. *l.* 19. §. *ult.* & *l.* 20. *h. t.* Matrona, de qua modo, legaverat alicui omnia sua fictilia. Repertus autem est ingens numerus vasorum fictilium cum argenteis operculis, sexies pluris, quam erant ipsa vascula. Respondi tamen, opercula cedere vasis; nec ab hærede posse separari; quoniam opercula erant vasorum gratia. *d. l.* 19. *in fin.* Quin sub auro legato annulus cum gemmis, etsi decuplo pluris, contineri, ex eadem ratione dicendum; non æque fasciculum gemmarum auro inclusarum, ut acu in pectore fixus habiliter gestari possit; tunc enim aurum propter gemmas adhibitum constat. *l.* 20. *eod.*

8. (e) De Statuis & Imaginibus vide *l.* 12. & 14. *h.*

TIT. III.

De Liberatione Legata.

I. Quid hoc Legatum, & remissio. II. Commentariolus & correctio quædam Legis 25. h. t. III. Quid si debitor, cui liberatio legata fuit, solverit, an repetere possit. IV. An legatum liberationis pertineat ad remissionem actionis in rem. V. Quid si debitor creditori suo quod ei debet leget. VI. Quid si liberatio vel nomen legatur, nullo existente debito. VII. Quomodo tollatur legatum liberationis.

(a) Liberationis legatum dicitur, cum testator legat alicui, quod ipse defuncto debebat; per quod vinculum obligationis, quo legatarius tenebatur defuncto, licet ipse legatarius rei dominus fit, remitti videtur. *l.* 1. *pr. l.* 7. *pr. h.*

(b) Forma est non modo, ut testator summam sibi debitam leget aut remittat, sed etiam ut damnet hæredem, ne petat, *l.* 2. *h.* vel chirographum aut instrumentum obligationis tradat, *l.* 3. §. 1. at redditio pignoris non ipsum debitum, sed jus pignoris tantum arguit esse remissum, *l.* 1. §. 1. *h. t.* plura dixi ad tit. *Inst. de Leg. n.* 12. Vid. ad finait. ult. libri 35.

2. Quid si liberatio legata sit ei, qui nihil debebat? Si dixerit testator, *quod Titius mihi debet, id peti nolo*, sine dubio evanidum est legatum. Idem erit, si *do lego id quod mihi debet*, sit scriptum. Summa autem adjecta, vel re certa, potest, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti quod comprehensum est. Sic Paulus in *l.* 25. *h. t. Sed poterit hoc dici*, inquit, *si ita legavit, centum aureos, quos mihi debet*, vel *Stichum quem debet, hæres meus damnas esto non petere. Quod si sic dixit, Hæres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare, etiam illud tentari poterit, ut petere possit, quasi falsa demonstratione adjecta; quod mihi ne quaquam placet*, cum

(c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. Atqui multo minus dicendum videbitur, in priore formula jus petendi inesse. Nam si hæc verba, *damnas esto dare*, non obligent, quæ positiva & imperativa sunt, quomodo illa, *damnas esto non petere*, quæ tantum privativa sunt, vim majorem habebunt? Anton. Faber illa verba, *vel Stichum, quem debet, hæres meus damnas esto non petere*, delenda arbitratur 5. *Conject.* 2. Glossa, Cujacius 5. *ad Afric.* alique aliter, ex quibus satisfacere mihi non possum, sed cuperem ista verba, *quod si sic dixit*, paulum retrahi, hoc contextu; *Poterit hoc dici, si & legaverit centum aureos, quos mihi debet. Quod si sic dixit, Stichum, quem debet hæres meus damnas esto non petere; vel hæres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare &c.* ut sic Pauli ἐπίκρισις, *quod mihi nequaquam placet*, ad utramque legandi formam referatur, sine ulla inductione vel emendatione, sensus eo modo perfecte constat & rationi satisfit. Sed dices, Paulum in ratione ἐπικρίσεως, quam subjicit, a verbo *dandi* petitam, respicere ad ultimum dumtaxat exemplum, neque enim in priori formula id vocabulum extat. Responsio est, Paulum ideo rationem posterioris dedisse, quod hoc plus dubii contineret; nam prius exemplum, ubi testator vetuerat hæredem non petere, nullam speciem actionis legatario suppeditare potest, si nihil ei debeatur; sed posteriora, *hæres damnas esto dare C. aureos Titio, quos mihi debet*, proxime ad specimen falsæ demonstrationis accedebant. Plane exemplum heic esse videtur, quo adhuc aliquis usus differentiæ sit inter legatum vindicationis & damnationis; Nam hæc verba, *Centum aureos, quos Titius mihi debet, ei do lego*, petitionem producunt, etsi Titius nihil debeat; ista autem, *hæres meus centum aureos, quos Titius mihi debet, ei damnas esto dare*, non aliter dant actionem, quam si revera debitum existat. (1)

3. Excipitur legatum liberationis, si a legatario solutum fuerit ante apertas tabulas; sed quod post apertas tabulas, ante aditam hæreditatem est solutum ab ignorante debitore, id repeti potest. *l.* 24. *d. t.* Existimo, jure novo postquam dies legati cedere statim a morte cœpit, & non a tabulis apertis, quidquid post obitum testatoris est solutum, id jure peti posse; quia ab eo tempore fructus legati ad legatarium pertinebat.

4. Ad *tit. Inst. de Legatis* condixeram explicationem difficultatis, quæ est in duobus Scævolæ responsis, *l.* 28. §. 4. *& l. ult.* §. 2. *eod. tit.* Posueram, liberationis Legatum non pertinere ad remissionem actionis in Rem, per *d. l.* 28. §. 4. ubi legato liberationis a rationibus reddendis, non tollitur petitio pecuniæ, quæ apud Tutorem remansit, ut quæ jam pupillæ sit: Hoc est Scævolæ responsum. In eadem specie facti idem Scævola contrarium respondet, in *l. ult.* §. 2. ut mihi quidem alia quam communis responsio, quæ vult particulam *Non* delendam esse in *l. ult.* §. 2. quæ jam fuit Bartoli & Accursii, non veniat in mentem; Audiendum tamen, quid Thomasius adferat in schol. ad posit. 11. *t. de Legat.*

SCHOLIUM.

. *Remissionem actionis in rem in testamento factam, ad legatum liberationis non spectare, forte concedi potest. Sed ad hujus sententiæ probationem*, l. 28. §. 4. de Liber. leg. *nihil facit. Nam quod ibi actio realis detur adversus tutorem, non inde est, quod liberatio legata non spectet ad actionem in rem, sed inde, quod testatrix saltem actionem tutelæ remittere voluit. Ergo si tutor ex empto v. g. defunctæ aliquid debuisset, tamen nec actio empti, scil. ab actione tutelæ diversa, etsi æque personalis sit, remissa censeri debuisset. An vero actio in rem in testamento remitti possit nec ne, alia est quæstio. Pro priori respondendum arbitror, quia id nuspiam est prohibitum.*

RESPONSIONI & expositioni sequentia servient.

Posteriora Scholii nemo neget, quin, si diserte remittatur actio in rem, valeat legatum, ut non tam sit legatum liberationis, quam rei ipsius.

Sed legato liberationis simplicis rem propriam Testatoris non contineri, ipse concedit, idque probatur in *d. l. ult.* §. 2. *h. t.* Huic opponitur *l.* 28. §. 4. *eod. tit.* Scholiastes ait, eam nihil ad rem facere, quod est valde inexpectatum, utpote, cum vix quispiam tolli posse contrarietatem crediderit, quam mutatione Lectionis Florentinæ. Huc tendit Thomasii responsio: In *l. ult.* §. 2. voluit Testator & remittere in rem actionem, & legare pecuniam, quæ est pupillæ. In *l.* 28. §. 4. tantum voluit re-

(1) *Luculenter & sine ulla emendatione textum* l. 25. de liberat. leg. *exposuit Vir Celeberrimus Josephus Averanius interpret.* iur. lib. 5. cap. 22. *ostendit, rationem Pauli ad utramque formulam propositam pertinere, ita ut neutro casu legatum subsistat.*

remittere actionem Tutelæ, quæ personalis, & ab in rem actione plane diversa est. Favet huic responsioni textus ipse *l.* 28. §. 4. ubi sic ab initio; *Mævius testamento suo alterum ex heredibus suis actione tutelæ voluit liberari, his verbis; rationem tutelæ, quam egit Julianus Paulus, posci ab eo nolo, eoque nomine causa omni liberatum esse volo.* Conferamus verba *d. l. ult.* §. 2. *Rationem tutelæ meæ, quam egit Publius Mævius, reposci ab eo nolo.* Si verba prima nihil aliud inferant, quam remissionem actionis Tutelæ, ut Scholiastes vult, & Scævola ipse declarat in *d. l.* 28. §. 4. posteriora certe nihilo plus efficient, quia sunt eadem utrobique, nisi quod priora fortius intendunt liberationem, ideoque non possunt minus inferre quam verba *d. l. ult.* In utroque textu igitur hoc est, quod actio Tutelæ remittitur: unde patet, si lex *ult.* faciat ad rem, ut certe facit, quam male Scholiastes textum in *d. l.* 28. §. 4. nihil ad rem facere contendat, & quam ejus Responsio nihilo plus ad conciliationem faciat, quam quod D. Wissenbach. ad *h. tit.* distinguit inter pecuniam, quæ jam pupilli est, & quæ ex administratione debetur. Nam in utroque textu loquitur Scævola de pecunia, *quæ pupillæ jam est.* Huc adeo res redit, ut nihil quam in tollendo τῷ *Non*, quod est in *d. l. ult.* §. 2. præsidii supersit. Et quod ratio *d. l.* 28. §. 4. sit hæc, quia Legatum Liberationis non spectet ad actionem in rem, contra quam Thomasius. Legatum liberationis, inquam, non impedit repetitionem pecuniæ, quoniam hæc *pupillæ jam* est, ait JCtus, in quo fundamentum actionis in rem situm esse constat.

N. ADDIT.

Nescio profecto, quid hic dicere debeam, & quid accusem, an fidem an ingenium Auctoris, ita hic est supinissimus error elenchi. Scholium, quod non sine ratione avulsit a debito loco Auctor, apposueram ad posit. II. Inst. *quæ sic sonat.* Liberatio legari dicitur, quando testator remittit vinculum obligationis, quo legatarius ipse erat obstrictus. §. 13. *h. l.* 1. *pr. de liber. leg.* Proinde non pertinet ad remissionem actionis in rem. *l.* 28. §. 4. *eod. Huic ultimæ assertioni opposueram Scholium. Adeoque nihil ibi in positionibus de antinomia legum Scævolæ, nec in sequentibus positionibus mentio quidem fit d. l. ult. Quas igitur comœdias hic egit, ut Scholium meum applicet ad illam antinomiam, de qua ego ne somniando quidem cogitavi, & quam se torsit, ut ad meam objectionem, invertendo censuram meam, & rem miris modis implicando, aliquid respondisse videatur. Et vide saltem, quam obtorto collo initio responsionis in scenam affertur d. l. ult.* Sed, *inquit*, legato liberationis simplicis rem propriam testatoris non contineri, ipse concedit (*bene, nam natura rei id loquitur*) idque probatur in d. l. ult. §. 2. *Quid hoc est?* d. l. ult. §. 2. *de re propria testatoris ne apicem quidem; imo illa secundum lectionem communem probat, legato liberationis contineri actionem realem. Scholium nil aliud dicere voluit, quam quod quidem thesis concedatur, liberatione legata non comprehendi remissionem actionis realis, non vero ea probetur per* d. l. 28. *quæ saltem dicit in specie, sub liberatione ab actione tutelæ, non contineri remissionem rei vindicationis.*

Obiter, Exemplum Legati liberationis inusitatum subjiciam, quod excerpsi e testamento Petri a Camminga Domini Amelandiæ, condito 25. *Octob.* 1541. his verbis; *Sorori meæ* Gratiæ lego *centum aureos, & liberationem atque remissionem omnis injuriæ, contumeliæ, damni, molestiæ & ægritudinis, quibus me agitavit.* Erat inutile hoc Legatum post C. aureos, excepto damno, quia morte extinguuntur actiones injuriarum; nisi litis contestatio facta fuisset, quo casu etiam post mortem durant, ut *suo* loco dictum est.

5. Liberationi adversum est legatum, quo debitor legat creditori suo, quod ipsemet ei debet, qua de re diximus ad *Instit. tit. de Legat. n.* 15. Quid si Testator nihil debeat legatario? Et hac de re actum ibi *d. tit. n.* 13. ac convenit cum modo dictis, & jam dicendis.

6. De legato nominis falsi videtur Ulpianus perplexari in *l.* 75. §. 1. *de leg* 1. Ait enim primo, *si decem, quæ Titio debeo, legavero, nec quidquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum*, quod cum iis, quæ ex *citata l.* 25. observavimus, convenit. Sed mox §. 2. *Quod si addiderit*, inquit, *decem, quæ mihi Titius debet, lego, sine dubio nihil erit in legato; nam inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, multum interest.* Hoc autem directe adversari videtur ei, quod dictum ex *l.* 25. *Si legavit centum aureos, quos mihi debet*, id valere legatum, etsi nihil vere debeat. Accursius illum versiculum interrogative accipit, quasi proponeret JCtus, mox improbaret, in verbis,

quod mihi nequaquam placet; sed contextus id minime fert; posteriora enim a prioribus clare distinguuntur, verbis, *quod si sic dixit*. Velim Ulpiani verba in *l.* 75. §. 1. accipere tantum de casu, quo decem, quæ Titius debet, alii legata sunt, non ipsi Titio. Nam in principio §. 1. ita habetur; *si mihi quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse legatum*, idque dein distinctione exemplo liberationis legatæ explicatur; tum in §. 2. ad propositum casum relabitur, *quod si adjiderit, decem, quæ mihi Titius debet, lego, sine dubio nihil erit in legato*, idque mox repetito simili exemplo rursus inculcatur; quod si cui hæc non repetitio, sed diversa quæstionis inductio videatur, nihil profertur, quare non Paulus & Ulpianus hac parte dissenserint. Ratio autem, quare debitum certæ quantitatis alii legatum, minus valeat, quam debitori ipsi, esse videtur hæc; nomine legato hæres nihil aliud quam actiones præstare adversus debitorem, aut ipse legatarius eum convenire debet, quorum neutrum fieri potest, ubi debitum nullum existit, sed cum ipsi debitori testator certam legat summam, quasi deberet eam, in speciem magis & coloris ergo liberalitatem suam ita demonstrasse videtur (2).

7. Quomodo tollatur legatum liberationis, dictum est *ad Inst. n.* 14. Si testator cœperit agere de pecunia debita, at nondum exegerit; DD. statuunt legatum non revocari, quod Vinnius improbat *ad* §. 21. *h. t.* mihi verum videtur: nam qui rem legatam libere vendidit, sed venditionem nondum implevit rem tradendo, is non judicatur revocasse legatum. *l.* 27. §. 3. *de Instr. vel instrum. leg.* Si intentio sine pleno effectu, revocationem ibi non operetur, nulla causa videtur; quare hoc loco major intentionis, de qua ne penitus quidem liquet, efficacia statui debeat; maxime cum Ulpianus in *l.* 11. §. 12. & 13. *de Leg.* 3. a venditione rei legatæ, ad nominis exactionem diserte argumentetur, *nisi forte inter hæc interest*, ait; *hic enim extinguitur ipsa debiti substantia, ibi res durat, tametsi alienata sit*, quæ verba Vinnius urget; cum exinde sequatur contrarium. Si enim alia sit nulla differentia, ut JCtus indicat, hæc autem huic quæstioni nullo modo applicari queat, manifestum est, in cæteris valere argumentum a venditione ad petitionem: atqui in petitione, quam non est secuta exactio, non extinguitur substantia debiti, proinde ratio illa diversitatis non quadrat. Jam, hoc nimis subtile & cavillatorium est, quod Vinnius; *adde*, *quod actio*, inquit, *in judicium deducta consumitur, licet nova nascatur judicati*. Ut refellat responsum, quo rationem discrepantiæ ab Ulpiano unice indicatam, heic penitus cessari ostendimus, ait, per solam petitionem, id est litis contestationem, extingui priorem actionem. Non est locus hic de tam subtili articulo disputandi. Concesso enim, quod subtiliter post litem contestatam novetur actio prior: nemo tamen dixit sanus, etiam debiti substantiam, lite contestata, extingui; cum ex ea tum demum efficacissimi effectus producantur; quin aliquando intercidente instantia mota, novum judicium, ex veteri scilicet actione & debiti substantia instituatur, quod quonam pacto, si extincta esset illa, fieri posset? Litis contestatio non tam dicitur novatio, quia tollit priorem obligationem, quam idcirco, quia novas obligationi qualitates induit, ut *alias* latius.

T I T. IV.

De Adimendis vel transferendis Legatis vel Fideicommissis.

(a) HIc titulus non eget amplioris explicationis, quam est ad eundem titulum in parte I. *lib.* 2. *tit.* 21.

TI-

(1) *Pos. un.*

(2) *Ulpiani verba in l.* 75. §. 2. de leg. 1. decem, quæ mihi Titius debet, lego, *accipienda puto de casu, quo illa decem non alii, sed ipsi Titio legata sunt: nec propterea dissentiet Ulpianus a Paulo: Idem enim ait Paulus in l.* 25. de liberat. legat. ... *scilicet valere legatum, si Titio centum quæ ei debeo legavero, & Titius nihil debeat. Nec tuebant verba Pauli in l.* 25. de liberat. legat. sed poterit hoc dici. *Etenim Paulus his verbis nihil hactenus decidit, nihil certi statuit: sustinet se, nec approbat nec reprobat quod de falsa demonstratione dixit. Idem agit in his verbis*: utiam aliud tentari poterit, ut petere possit &c. *Tandem quid sibi placeat, addit his verbis*: quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum se referre testator existimaverit. *Quibus verbis ait, neutro casu valere legatum: nec quidquam facere quod testator verbo* Dandi *fuerit usus* (*quo casu majus suberat dubium*) *quia, testator* Dandi *verbum ad debitum, non ad dominii translationem, se referre existimavit. Vide latius Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 5. cap. 22.

TIT. V.

De rebus dubiis.

I. In conflictu verborum & mentis Testatoris quid juris. II. De jure dubio, & casu commorientium. III. Aliud dubium. IV. Quatenus in dubio liceat medietatem sequi.

Hujus Rubricæ argumentum latissime omnium extendi poterat, non modo si omnia toto jure dubia, sed etiam, si de ultimis voluntatibus, imo si de legatis dubia necdum soluta heic cumularentur. Sed huc tantum ἀποσπασμάτια & reliquiæ quædam collatæ sunt. (a) Ultima voluntas dubia est, aut ob verba testatoris, vel ob rem ipsam. De verbis non est inepta quæstio, si mens testatoris a verbis discrepet, mentemne, an verba sequi oporteat, ut si *vestimenta* cum reliqua supellectile legare volens, solo nomine *supellectilis* sit usus, per opinionis errorem, putans etiam vestes supellectile contineri, an tum quoque vestes debeantur. Tubero existimabat, mentem testatoris inspiciendam. *Nam quorsum nomina*, inquit, *nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? equidem non arbitror quemquam dicere quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet; nam vocis ministrrio utimur, ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. l. 7. §. 2. de supell. leg.* Verborum ratio habenda non videtur, nisi quatenus mentem exprimunt, cum nihil sint aliud quam instrumenta mentis exprimendæ. Inimicum rationi videtur, ubi de voluntate constat testatoris; quæ utramque in ultimis voluntatibus facere paginam dicitur, eam eludere, quia verba ex communi aliorum hominum usu non respondeant aut conveniant. Testator putavit auri appellatione etiam aurichalcum contineri, & satis constat, eum voluisse utrumque præstari, sat injuste hæres negavit aurichalcum quia vox auri diversum sonat? Sed in hoc ipso *tit. de supell. leg. l. 3. in fin.* Paulus, si quando testator per imperitiam argento adscripserit quod non sit, ejus errorem facere jus arbitratur. Mulsum, zythum, hydromeli, camum, cerevisia, defrutum, cydoneum, acetum, sunt potus genera, teste Ulpiano in *l. 9. de Trit. vin. leg. quæ sub vino non continentur: at hæc omnia*, pergit idem, *ita demum vini nomine non continentur, si modo vini numero a testatore non sint habita*. Rursus tamen Ulpianus in *l. 4. de leg. 1. Si quis*, scilicet, *cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri*, ex Pomponii sententia, *vestem non contineri*; ratione adjecta, *quia rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.* Idem apud Celsum in *d. l. 7. de supell. leg.* sentit Servius, quia *non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debeant.* Addit autem Celsus; *etsi magnopere me Tuberonis & ratio & auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio, non videri quemquam dixisse, cujus non suo nomine usus sit: nam etsi prior atque potentior est quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur: nisi forte & eos, qui loqui non possunt, conatu ipso & sono quodam καὶ τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ, id est, inarticulata voce, dicere existimamus.* Credibile est, neque hoc Tuberonem voluisse, quia tantum in conflictu sermonis & mentis, hanc illi præferendam putabat.

Celsi quæ prævaluit sententia, hac ratione firmari potest; Proposita hominum, (λόγος ἐνδιάθετος,) æstimatione societatis humanæ nullum habent effectum, nisi quatenus e signis externis de iis liquere potest, cujusmodi signum fere unicum est, sermo voce scriptoque probatus, λόγος προφορικός. Quilibet igitur alios sua voluntate cupiens obligare, ipse tenetur eo modo verbis uti, quo in societate hominum recepta & usurpata noscuntur. Indulgemus quidem & obviam testatori solemus ire in his, quæ aliter atque aliter seu vulgo sive apud quosdam imperitiores usurpari solent, & de quibus, ut Jëtus ait, ambigi potest; verum quæ dubitationem nullam recipiunt, si illa perverso modo testator expresserit, imputet sibi, quod voluntas ipsius exitum non sortiatur, quia sic comparata est, ut obligandis aliis ex instituto generis humani idonea non sit. *Qui aliud dixit quam vult*, ait apposite ad hanc rem Paulus in *l. 3. de Reb. dub.*

(a) *Pos.* 1.

dub. neque id dicit, quod vox *significat*, quia *non vult*; *neque id*, *quod vult*, *quia non loquitur*, ac ita se ipsum involvit, ut nihil dixisse videatur. Secundum hoc necessum est, ut dicamus, *in d. l. 9. de vino leg. & l. 3. de supell. leg.* ejusmodi abusiones verborum a testatoribus esse commissas, quæ ex usu saltem imperitorum hominum, aliam interpretationem atque significationem recipe*r*ent, tametsi non omnino in singulis articulis eorum textuum, collatis cum *d. l. 7.* videar satisfacere mihi posse.

Teneamus igitur de verbis hanc regulam, ut si ullo modo cum mente testatoris conciliari possint, secundum mentem explicentur, ac ita, actus valeat potius quam pereat. *l. 12. l. 21. l. 24. h.*

(b) Ut in dubio præsumatur Testator locutus ex more Patriæ suæ. *l. 18. §. 3. de Instr. & Instrum. leg. l. 19. pr. de C. & D. l. 19. §. 1. ad Sc. Trebell. l. 3. de supell. leg.*

(c) Si prorsus usus hominum abhorreat ab eo, quod testator voluisse creditur, tunc neque hoc fit, quod defunctus voluit, quia hoc non dixit; neque id quod dixit, quia hoc non voluit, ut modo ex *l. 3. h. t.* (1).

2. (d) Dubii a parte rei exemplum, est in *l. 9. §. 1. & seqq. h. t.* in casu, quo parens una cum filio periit, & quæritur, uter supervixerit. Resolutio est, pariter mortuos credi, nisi aliud conjecturæ suadeant, *l. 16. & seqq. h.* nam filius pubes patri, parens impuberi supervixisse creditur. *d. l. 9. §. 1. & ult.* Item, favore patroni libertus filio supervixisse creditur, ut patrono locus in successione detur. *d. l. 9. §. 2.* Denique in casu fideicommissi sub conditione relicti, Si sine lib. decedat, filius censetur præmortuus, ut locus fideicommissario detur. *l. 17. §. pen. ad S. C. Treb.* Adde quod dixi ad *tit. 1. de Pupill. subst. n. 9. sub fin.* (2) Sed est hæc res tam variis naturæ fortunæque casibus & conjecturis obnoxia, ut difficillimum, imo τῶν ἀδυνάτων sit, eam in universum terminare. Pulcherrimum ea de re locum & exempla habet Mornacius ad *l. 26. ff. de Pact. Dotal.*

3. (e) Inter dubia & hoc poni meretur, Legatum alicui relictum est, cum quatuordecim annorum erit, tempus naturaliter computatur & implesse oportet annos 14. antequam peti possit, *l. 49. de Legat. 1.* Quid si relictum sit fideicommissum, cum pervenerit ad annum XIV.? Idem juris est. *l. 48. de C. & D.* Fieri tamen potest, ut ex meritis & æquitate circumstantiarum, aliter sit respondendum, ut fit in *l. 74. §. 1. ad Sc. Trebell.* quam superioribus non putem adversari, licet aliter D. Wissenbach. ad *tit. de Legat. 1. th. 18.*

4. De rebus dubiis est etiam hæc observatio, quod aliquando medietatem sequi licet, si quando alius non datur exitus, ut factum ab Impp. *in l. 40. de Hæred. inst. §. ult. I. de Vulg. subst.* An idem liceat JCtis & Judicibus, merito dubites, scilicet, ut res ex æquo ob ancipites rationes inter litigantes dividatur? Baldus id negat; esse enim rusticum aut cerebrinum & a juris arte alienum. Ita & Gl. *ad l. 34. de Neg. gest.* Bartolus contra, id æquum censuit *ad l. 1. §. nec castrense. ff. de coll.* Bartoli sententiam præfert Mornacius *ad d. l. 34.* Distinguendum videtur, inter medietatem rei faciendam inter litigantes, & medietatem, quæ est in thesi alicujus ambiguæ quæstionis. Hujus enim frequentissima in jure sunt exempla, ut in *l. 3. Si pars Hæred. pet. §. 25. Inst. de A. R. D. l. 40. de Hæred. inst.* Verum ut in hypothesi res inter partes dividatur, non videtur esse judicis, sed ad Principis spectare dispensationem, ut in *d. l. 40. de Hæred. Inst.*

T I T. VI.

De his quæ pœnæ causa relinquuntur.

I. Remissio. Pœna duplex. II. Facilitas judicum in ejus executione. III. Pœnam nullo modo extendi posse, ultra quam præcedens dispositio ferat. IV. Species altera pœnæ illicita, quare. V. Illicitas esse, quæ libertati officiunt.

(a) EXposita est hæc Rubrica *ad tit. Inst. de Legat. n. 30. pag. 245.* Pœna legatis vel institutionibus adjici solita, duplex est; una, ut melius impleatur voluntas, altera, ut hæres coer-

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. & 5. (e) *Pos.* 6. 7. & 8. (a) *Pos.* 1.

(1) *Utilissima sunt, quæ de hac quæstione scripsit Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 1. cap. 18. & 19. *ubi quinque regulas proponit ad dignoscendum, quandonam scriptum spectandum sit potius quam voluntas, quando vero a scripto sit recedendum, & voluntas spectanda, simulque multas leges huc pertinentes exponit.*

(2) *Adde quoque Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 5. cap. 11.

coerceatur. Prior & efi & fuit olim licita, *l.* 1. *in pr. de pen. leg.* nisi justa causa sit excusationis, Sand. *l.* 4. *tit.* 6. *def.* 1. *verf. hæc ita.* in qua probanda faciliores sunt judices, maxime, si claufula pœnæ sit generalis; quo facit sequens exemplum.

2. Testatrix prohibuerat supellectilem vendi, idque *in memoriam suam.* In fine testamenti pœnam subjecerat, ut si quis imperata non faceret, beneficium testamenti amitteret. Hæredes supellectilia diviserant inter se, non vendiderant auctione publica, ut plerumque fit apud nos. Deinceps unus hæredum, suam partem mobilium vendiderat. Cohæredes agebant ex claufula pœnali ad totam portionem ejus hæreditariam. Non visum est Curiæ nostræ, tantam huic claufulæ generali vim tribuere in re tantilla, præsertim cum prima divisione venditionem, ad quam maxime Testatrix spectasse videbatur, exclusissent: præter quod prohibitæ alienationi, satis in rebus soli molestæ, effectum infinitum tribuere absurdum videbatur. Hæres igitur venditor absolutus est in causa *Meinert Egberts, contra Grietje Jans*, *d.* 28. *Jun.* 1680.

3. Non potest etiam claufula pœnalis ullo modo extendi, ultra quam præcedens dispositio ferat. Testatrix binos fratres binasque sorores hæredes instituerat: alteri autem sorori, alterique fratri alienationem interdixerat; deinde subjecerat pœnam: *si fratres sororesque contra voluntatem suam facerent, beneficio Testamenti privarentur.* Frater, cui non erat prohibitum, alienaverat. Soror ad pœnam agebat, eo quod pœna ad omnes pertineret, ergo & prohibitio, cujus gratia pœnam adjecerat. Sed merito rejecta est, quia pœna non est nova dispositio, verum ad dispositionem se refert. In causa *Scheltonis a Paffenrode*, contra *Georgium Liaukema. d.* 15. *Jul.* 1643. apud Nautam.

4. Altera pœnæ species olim erat illicita; quia legata benevolentiæ non odii causa relinquuntur: hodie valent, nisi turpes aut impossibiles sint, quæ vitiant legatum. §. *ult. I. de Legat.* (b) Turpis & olim erat *pœna*, si nuptiæ secundæ Uxori vetarentur, hoc modo; si nupserit Uxor, mille aur. dato, *l.* 22. *& 64. de C. & D.* junct. *l.* 61. *eod.* sed nonne hodie tale legatum valebit, quia per modum conditionis id uxori cum effectu injungi potest *Nov.* 22. *c.* 44. junct. §. *ult. I. de Leg*? Ita videtur.

SCHOLIUM.

Non tamen virgini; Brunnem. ad tit. C. de ind. vid. Perez. ibid. n. 8. 9.

5. Inter illicitas sive turpes pœnas, etiam reputabant Veteres, si quæ libertatem onerarent; quod maxime in Patronis improbabatur, qui libertis suis quædam injungere solebant, quibus premerent ac onerarent eorum libertatem, *l.* 2. *de oper. libert.* ut libertus timeat suum Patronum eique obtemperet. *l. ult. in fin. Quar. rer. act. non dat.* Qualis *si me offenderis*, tantum dabis. Propter quem metum libertus quidvis, præcipiente Patrono, sustineat. *l.* 1. §. 5. *eod. tit.* Ideo tales promissiones sunt inutiles. *d. l.* 1. §. 5. *& l.* 32. *de oper. libert.* Quare nec ejusmodi Legatum peti poterit; *Hæres si me offenderit, Cajo* vel *Titiæ centum dato*, per *dd. ll.*

T I T. VII.

De Regula Catoniana.

I. Qualis hæc regula, & quare non nisi ad puras dispositiones pertineat. II. An & in contractibus. III. An Legatum rei propter alienationem convalescat.

(a) Regula Catoniana, incertum a quo Catone, plures enim fuere, dicta, sic ait; Quod Legatum, vel quæ hæredis institutio inde *ab initio* facti testamenti *non valet, hæc vel illa deinceps convalescere non potest. l.* 1. *h.* Pertinet autem ad pura Legata & institutiones, non ad conditionalia, *l.* 4. *h.* quia quod a conditione suspenditur, cum sit incertum, ex initio æstimari non potest; Eadem ratio est in Legatis, quæ in diem incertum relinquuntur, cum dies incertus pro conditione habeatur. *l.* 75. *de C. & D.* Hinc etiam petenda ratio, ut videtur, quare hæc regula non pertineat ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hæreditatem, *l.* 3. *h. t.* quod novis legibus, quæ in *l. ult.* dicuntur, introductum; Legibus scilicet caducariis Julia Papia & Norbana; quibus dies cedebat ab aper-

(b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. 2. *&* 3.

apertis tabulis, sive adita hæreditate, quod tempus etiam est incertum nec antea peti potest. Ulpian. *in fragm. tit.* 24. §. *Legatorum.* 31. Paul. 3. *sent. tit. de Legat. l.* 44. §. 1. *de Bon. libert.* Tu dices; Tempus mortis Testatoris etiam est incertum, & si legatarius ante eam moriatur, nihil etiam peti potest. Sed facilis responsio; Tempus mortis est ipsum illud, quo testamentum vires capit, adeoque præsens est tempus, nec usquam pro incerto haberi aut haberi potest: Sed immediate connectitur cum Testamenti factione, cujus tempore si non valuerit legatum aut hæredis institutio, non potest quoque tempore mortis valere, quoniam, ut diximus, hoc cum illo, sine medio cohæret.

2. (b) Hujus Regulæ instar, pertinet etiam ad contractus, §. 2. *Inst. de Inutil. stipul. l.* 63. §. 5. *de V. O.* non tamen usque quaque, vid. *l.* 12. *& seq. de Reb. Cred.* (1)

3. (c) De re Legatarii propria legata, quæ vivo testatore a Legatario alienata est, diximus *ad Inst. de Legat. n.* 10. Lex 1. §. *ult. h.* agit vel de legato conditionali (a), vel ἀντινομία est. (2)

SCHOLIUM.

(a) *Quod verius puto**: * *quamvis ad Strauch. in lin werim in eorum sententiam, qui dicunt subesse antinomiam.*

TIT. VIII.

De his quæ pro non scriptis habentur.

I. Quænam pro non scriptis habeantur & effectus eorum. II. De his, qui sibi adscripserunt.

(a) PRo non scriptis habentur, quæ per se & ab initio inutilia sunt, ut ea, quæ personis incapacibus palam relinquuntur, *l.* 3. *pr. h.* qualia penes hæredem manent, ut & ea, quæ quis ipse sibi adscripsit, *l.* 1. *h.* item, si legatarius in vivis non fuerit, *l.* 4. *h.* & quæ intelligi nequeunt. *l.* 2. *h.* Cæterum, quæ clam personis incapacibus relinquuntur, ea cedunt fisco, *l.* 1. *de Jur. fisc.* Quæ palam, ea penes hæredem remanent. Cujac. 7. *observ.* 21. *vid. d. l.* 3.

2. Sibi autem videtur adscribere, qui etiam ex ore dictantis Testatoris scripsit, *l.* 3. *C. de His qui sibi adscrib.* nisi filius hæres etiam ab intestato futurus, ex ore Patris se hæredem scripserit, *dulci functus officio*, ut habetur *in l.* 1. *C. h. t.* quam veniam non habet maritus respectu uxoris, sed hic non modo excidit eo, quod sibi relictum, sed etiam Legis Corneliæ pœna tenetur, l. 4. *d. tit. C.* ut & reliqui omnes, nisi falsi pœna justa ex causa remittatur. l. 3. *in fin. & seqq. C. eod. tit.* Pœna falsi, si de dolo non constet, vix est ut hodie locum habeat, sed pro non scripto haberi tale Legatum, dubium non est. Idemque locum habere, nec dubitavi de facto consultus, postquam aliquis ex ore Testatoris sibi legatum adscripserat, id scheda, ex qua Notarius composuerat Testamentum. Quippe, cum idem in eo sit metus falsitatis eademque causa adscribendi. Proinde si Testator scriptorem Testamenti vel codicilli augere velit, hoc cum sua manu adscribere oportet. *l.* 2. *d. tit. C.* Secus esse in Testamento nuncupativo coram testibus facto & dein ab hærede vel Legatario scripto, sentiunt Mantica *de conject. ult. vol. l.* 1. *tit.* 6. *n.* 5. 7. Peck. *de Testam conjug. l.* 3. *C.* 10. Fab. *ad lib.* 9. *C. tit.* 14. *def.* 1. Perez. *ad d. tit. C. n. pen.* secundum quos judicatum esse in Suprema Holl. Curia testatur Groenewegius *ad d. tit. C.* quod evenerat, cum Wilhelmus Arausionum Princeps Pater Gloriosissimi Magnæ Britanniæ Regis *Wilhelmi III.* primum Hollandiæ Præses Tribunal conscendisset 23. *Januar.* 1648.

TIT.

(b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 5. (a) *Pos.* 1. & 2.

(1) *Vide quæ de hac Regula item de Regula* l. 29. de reg. jur. *habet Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 4. cap. 21. & 22.

(2) *Confer ad h. t. Bartholomæi Chesii interpretationum lib.* 1. cap. 2. *ubi omnes hujus tituli leges exponit, & l.* 3. *conciliat cum l.* 4. *h. t.*

* Et quod verius esse, eleganter demonstravit Franciscus Balduinus *de Regula Catoniana p. m.* 54. editionis ab Hamburgero curatæ, qui hoc opusculum cum Jo. Strauchii *dissertat. de Regula Catoniana Jenæ* 1715. recudi fecit.

TIT. IX.

De his quæ ut indignis auferuntur.

I. Quid indigni. II. Causæ indignitatis respectu Testatoris. III. Respectu Testamenti; IV. Aliorum delictorum respectu. V. Esse causas, quæ non dant locum Fisco. VI. Usus hujus tituli.

(a) INcapaces sequuntur indigni, qui per se capaces, ob maleficium, eo quod ipsis relictum est, privantur, quod fit plures ob causas, quæ non incommode ad tria genera reducuntur; ut sumantur vel testatoris, vel testamenti, vel alterius delicti respectu.

2. Ratione Testatoris indignus est, cujus dolo negligentiave dolo proxima defunctus interiit. * *l.* 7. §. *pen. de Bon. damn. l.* 3. *h.* Si necem ejus non sit ultus, qua de re vidimus *ad tit. SC. Silan.* Si bona viventis aut partem eorum alienaverit. *l.* 2. §. *ult. h. t.* Si Testatori status controversiam moverit. *l.* 9. §. *ult. h.* Quod ad ultionem attinet, hac causa plerique publicationem moribus hodiernis cessare volunt, adeo ut etiam transigere de cæde hæredibus sit innoxium. Grot. 3. *Introduct. p.* 4. *n.* 10. Christinæ. *vol.* 1. *decis.* 152. *n.* 2. Zypæ. *not. jur. Belg. de Transact. vers. Accusare. & vers. Transactio.* Carpzov. *pract. crim. P.* 1. *Quæst.* 34. *n.* 72. *ad fin.* Mutationis hujus duplex est ratio. Prima, quod persecutio vindictæ ad sanguinis pœnam, mansuetudini Christianæ parum convenire videatur, & altera; quod Accusatio non pateat hodie privatis, sed a Reipubl. & solo Procuratore Generali exerceatur.

3. (b) Ratione Testamenti pro indigno habetur, I. Si Testamentum sit factum hærede legatariove cogente, vel prohibente mutari, qua de re *superius* actum *Tit. Si quis aliq. testari. coeg.* II. Si quis testamentum dixerit falsum vel inofficiosum & succubuerit. *l.* 5. *& l.* 7. *h.* adde *l.* 15. *h.* III. Si filius emancipatus petierit bonorum possessionem contra tabulas, & ex substitutione impuberis adierit hæreditatem. *l.* 2. *in pr. h.* Non jure factum impune licet arguere testamentum, *l.* 5. §. 1. idque etiam post legatum perceptum, *pr. d. l.* 5. ubi traditur, & falsum licere dicere postea, sed cum periculo amittendi legatum. Inofficiosum vero prorsus, legato percepto, dicere non licet. *d. pr. in fine.* Denique, si quis Testamento auctus, clam rogatus sit incapaci id relinquere, quod relictum est, Fisco vindicatur, ut diximus *ad tit. præced.* Referatur huc etiam casus *l.* 12. *h. t.* In priore testamento scripti sunt hæredes capaces, in secundo incapaces: Secundum, scilicet, ipso jure non valet, ideoque prius non rumpitur, sed summo jure valet: attamen hæredibus in primo testamento scriptis, bona tanquam indignis auferuntur, quia non habent ultimam testatoris voluntatem; Ideoque bona publicantur, salvis tamen legatis. *d. l.* 12.

4. (c) Delicta alia, quæ causam indignitatis præbent, sunt. I. Adulterium vel stuprum cum defuncto defunctave commissum; etiam in militari testamento. *l.* 13. *in fin.* cum *l.* 14. *h. t.* II. Si quis duxerit adulteram, vel nupserit adultero, convictis, aut saltem accusatis. *d. l.* 13. *h.* III. Si quis duxerit uxorem quovis modo Lege prohibitam. *l.* 2. §. 1. *h. l.* 1. *Unde Vir & Uxor. l.* 4. *C. de Incest. Nupt.* qua de re Sandius *lib.* 4. *Decis. tit.* 4. *def. ult.*

5. (d) Ob has causas fiscus admittitur. *l.* 2. *& seqq.* Sunt tamen & aliquæ causæ, ob quas amittitur quidem, at non confiscatur legatum, ut si tutor se excusaverit a tutela, propter quam honoratus erat legato, *l.* 5. §. 2. *h. t.* adde *l.* 9. *princ. h. t.* ubi nota oppositas sanctiones, *ut legatum ab eo peti non possit.* Iterum §. 2. *ex qua specie statim fisco deferetur*; denique in *l. ult. in f. Non fisco hoc vindicatur*; *sed apud eum, a quo relictum est, remanet.* Forte etiam huc pertinet, quod libertus carere dicitur

(a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3. & 4. (c) *Pos.* 5. (d) *Pos.* 6. & 7.

* *P.* 3. *C. El.* 16. Conjugem, qui alterum malitiose deserit aut ultimo morbo decumbentem negligit, etiam portione statutaria ac lucris ex bonis defuncti, per pacta dotalia, statuta ac consuetudines locales percipiendis indignum declarat, eaque hæredibus desiderantibus, non vero fisco, vult cedere. Legatum tamen postea (*nachfolgends*) conjugi relictum ei præstari ac pœnam indignitatis cessare jubet, si conjux ignoverit injuriamque remiserit, Add. Carpzov. *ad d. C. def.* 3. *n. II. n.* 19.

citur legato, relicto ipsi a patrono, quem illicitæ mercis negotiatorem detulerat; nam propter quod præmium meruit a fisco, vix est ut eidem obnoxius videri possit. *l.* 1. *h.* junct. *l.* 2. *pr.* Huc etiam referri debet, quod *ad tit. de Her. inst. n.* 5. plena manu tractavimus, de Curatoribus, & Custodibus minorum annis 25. Nam legata hæreditatesque illis relictas, non cedere fisco, sed rem remanere penes hæredes, probatum est, non ad ordinem incapacium potius illa species, quam ad indignos referenda videtur; Quod etiam ad Collegiis prohibitis, maxime apud nos, pontificiorum ad *eundem titulum n.* 4. demonstratum est.

6. Quin etiam promiscue omnes indignos pro incapacibus esse habendos, iisque relicta pro non scriptis haberi tradit & multa auctoritate probat Groenewegius *ad tit. C. de His, quæ ut indign.* Sed quod inter Auctores ejus mutationis refert Sandium *d. l. tit.* 4. *def.* 5. minus recte fit. Ait enim ille, Curiam nostram in casu Legati relicti ab illegitimo Conjuge, Procuratori Generali mandasse, ut tueretur jus Fisci; hoc ipso, addit, satis innuentem, jus Fiscale in Frisia hac in parte non omnino esse abrogatum. Nostra memoria Fisco adjudicata est hæreditas cujusdam *Sakle Kuirds*, quem hæres *Hanso Johannis* interfecerat *anno* 1663. Recentius exemplum est Legatarii, qui probatus erat adulterii consuetudinem habuisse cum Testatrice, & declaratus est indignus legato, idque Fisco adjudicatum, in causa Procuratoris Generalis contra *Jacobum e Kikol. d.* 20. *Decembr.* 1684. Manet igitur usus hujus tituli *ὡς κεῖται*.

LIB. XXXV. TIT. I.

De Conditionibus & Demonſtrationibus & Cauſis & Modis eorum, quæ in Teſtamento ſcribuntur.

I. Conditiones impoſſibiles eſſe, quæ in ſe tales ſunt, non reſpectu legatarii. II. Quid in concurſu plurium conditionum. III. Cautionem Mutianam præſtari quoque hæredibus legitimis. IV. Jus petendi aliquando eſſe & e Legato conditionali. V. De conditionibus tacitis. VI. De die legatis adjecto. VII. De Conditione, ſi nupſerit alicujus arbitrio. VIII. Demonſtratio & Cauſa, remiſſive. IX. De modis & eorum effectu. X. Quid ſi nequeant impleri. XI. De Conditione pluribus impoſita & a nonnullis impleta. XII. De tali, quæ jam eſt impleta, priuſquam impoſita.

(a) DE conditionibus ultimarum voluntatum jam bis actum eſt, *ad tit. Inſt. de Hæred. inſt. n. 6. & ſeq. & ad tit. ff. de Condition. inſtit.* Ideo nihil heic quam ſingularia pauca notabimus. Primo, impoſſibilem conditionem haberi illam, quæ per ſe repugnantiam a natura vel jure implicet, non quod impoſſibilis ſit ei, cui injungitur, modo ab alio poſſit impleri: ut ſi ſpadoni legatum relinquatur, ſub conditione, ſi filium procreaverit, vel homini octuagenario, ſi poſt L. annos monumentum teſtatori fecerit. Proinde ejuſmodi conditio vitiat legatum, per *l. 4. §. 1. de Statul.* ubi hæc conditio, *Si hæredi* MILLIES *dederit*. Millies ſcil. *ſeſtertium*. Singula ſeſtertia plus 30. imperialibus efficiunt. Nam *ſeſtertium* eſt mille ſeſtertii. Quanti ſeſtertius fuerit, ex denariis, qui multi hodieque ſuperſunt, patet. Solent haberi pro *ſex ſtuferis*, quales 50. in thalero *imperiali*; ſed veteres denarii conſulares & triumvirales inprimis, plus octo ſtuferis valent. Verum ponamus cum Gronovio *ſex ſtuferos*. Denarius habet quatuor ſeſtertios; ergo ſinguli ſeſtertii faciunt ſeſquiſtuferum; & ſic mille ſeſtertii florenos 75. qui ſunt imperiales ſive coronati *triginta*. Seſtertium in neutro genere, tenet mille ſeſtertios. Ergo ſeſtertia mille ſunt florenorum *ſeptuaginta quinque millia*, ſive triginta millia imperialium. Quando ponitur *millies*, conſtat eam ſummam centies multiplicari. Ergo juſſus dare *millies*, debet tres milliones, ſive tricies centum millia Imperialium. Servus igitur libertate donatus *ſi millies dederit*, fietne liber tanquam impoſſibili conditione, an non fiet, ut deficiente conditione? Reſponſum eſt, liberum

(a) *Pos. 1.*

rum non fieri, *d. l.* 4. §. 1. *de Statulib.* (1) quia non est res impossibilis, *millies* dare, nisi ei qui non habet, in argento vel fide: Quomodo Cæsar adhuc privatus, ultra substantiam bonorum suorum milliones sex imperialium mutuo acceperat, sicut ipse calculos ponit *apud Suetonium*, ubi: *bis millies opus mihi, ut nihil habeam*.

2. (b) Ubi plures conditiones disjunctim sunt impositæ, non omnes, sed ultima dumtaxat spectatur, *l.* 87. *& seqq h. t.* secus ac in hæredis institutione, ubi quæ prior extitit, institutionem facit puram. *l.* 17. *de Cond. Inst.* Hinc legatum in prima parte testamenti pure, dein sub conditione relictum, conditionale censetur, *l.* 89. *h. t.* hæredis institutio pro pura habetur. *l.* 27. §. 1. *de Her. inst.* (2)

3. (c) Conditio non faciendi, Legatum non suspendit, sed petitionem dat continuo, sub cautione Mutiana, sic a Mutio Scævola ejus inventore dicta, de restituendo, si fecerit, quod facere prohibitus est. *l.* 7. *in pr. h.* Eaque cautio præstatur ei, ad quem, deficiente conditione, hoc legatum eave hæreditas pertinere potest. *l.* 18. *h.* Quid si hæredi ex asse conditio non faciendi adscripta sit, an admittetur ad hæreditatem sine cautione? Ita censet Wissenbachius noster *ad h. tit. th.* 5. Adeoque *legitimis hæredibus ab intestato venturis, hanc conditionem præstari non oportere contendit*, Bachovium secutus ad *Tr. vol.* 2. *disp.* 13. *lit. G. sub fi.* motus ad hoc duobus textibus, *l.* 7. §. 1. *h. t. & l.* 4. §. 1. *de Condit. Inst.* qui tamen non sufficiunt ad regulam generalem *d. l.* 18. ab hæredibus legitimis alienandam. Hoc enim e textibus objectis colligitur tantum, si conditio non faciendi implicet contradictionem, non esse locum cautioni. Ita hæc conditio; *Maritus heres esto, si dotem, quam ei promisi, non petierit*; τὸ ἀδύνατον, *impossibile*, implicat; nam unde nisi ab hærede petet dotem? Ipse autem solus est hæres. Ergo nulla petitio, nec ulla cautio habet facultatem. In *l.* 4. §. 1. *de Condit. Inst.* sic habetur; hæres ex asse, scriptus sub conditione, *si servum hæreditarium non alienaverit*, sub impossibili conditione institutus videtur. Cur ita? Rationem reddit Cujacius, quia servus, *hæreditarius*, non nisi jacente hæreditate vocatur. Quando unus igitur est hæres, impossibile est, ut post aditionem servus sit hæreditarius: sed respectu cohæredis id usum habere potest; ideoque tum præstatur cautio. Placeat hæc responsio; licet eam Bachovius *d. loco* cavillatoriam appellet, ipse cavillatorum coryphæus. Enimvero etiam quod hæres legitimus hanc cautionem accipiat, patet ex *Nov.* 22. *c.* 44. ubi mulier hæres scripta, *si non transierit ad secundas nuptias*, hæredibus ab intestato venturis cavere cogitur, se non esse iterum nupturam, & si nubat, bona restituturam.

4. (d) Legatum igitur sub conditione non faciendi relictum, statim, ita ut dictum, peti potest. Imo, generaliter ex justa causa dabitur judicium de Legato conditionali, ut condemnatio fiat, etiam ante conditionem existentem, si forte testes jam mihi sint, qui tempore conditionis existentis possint non esse; at executio usque ad diem impletæ conditionis differenda est. *l.* 40. *ad L. Aquil.*

(e) Si tempus implendæ conditionis non sit adjectum, potest eam Legatarius, quandocunque adit, implere. *l.* 10. *h.* Cæterum, si non impleat, deficit legatum, ut dixi *ad tit. de Condit. Instit.* (3)

5. (f) Possunt etiam tacite adjici conditiones, veluti, quando testator legat fructus ex fundo certo nascituros, *l.* 1. §. *f. h. t.* si enim nihil natum fuerit sine facto vel culpa hæredis, nihil debebitur. *l.* 37. *de V. O.* At eo casu Legatum, quod ad transmissionem attinet, con-

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 6. (f) *Pos.* 5.

(1) *Addi potest, hoc ipsum favore libertatis esse introductum, quam rationem dat Paulus* l. 4. §. 1. de statulib. *his verbis*: quia nec animus dandæ libertatis est. *Solebant enim dare libertatem servis, non animo dandæ libertatis: sed ne unquam servi ad veram libertatem pervenirent: inde dabant libertatem in tam longum tempus, ut eo tempore vivere is qui manumissus est non possit, aut sub difficili, imo fere impossibili conditione, ut, si is tamquam statuliber ab alio manumitteretur, non Romanam, sed Latinam libertatem consequeretur.* l. un. §. 7. C. de Latin. libert. *Itaque, ne impediretur libertas, placuit legatum vitiari.* *Vide Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 0. c. 24.

(2) *Ratio differentiæ est, quia hereditas semel data, in eodem testamento adimi non potest.* l. 13. §. 1. de lib. & posth. *at causa præcedentis legati, in totum mutari ademptione potest.* l. 12. §. 3. de legat. 1. *Sed cur tunc prima emptio pura, non tollitur per posteriorem conditionalem?* l. 7. de rescind. vendit. *Quia ab emptione jam perfecta non vult recedere qui rursus sub conditione emit, nam deficiente conditione non vult ab emptione recedere, sed tantum non emere. At legatum pure datum non statim consistit, sed post mortem dantis est confirmandum, quam confirmationem impedit secundum conditionale legatum. Vide sis Bartholom. Chesium* de different. jur. cap. 17.

(3) *Conditionem promiscuam, legatarius, quam primum poterit, implere debet:* l. 29. h. t. *& quidem hoc animo ut pareat voluntati testatoris.* l. 0. h. t. *Vide Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 4. cap. 01.

conditionale non est, quia conditio non e testamento, sed extrinsecus accedit. *l.* 99. *h. t.* (4)

6. (g) Diem hæredis institutioni adjici non posse, dictum est alias, ratione *l.* 7. *de R. J.* quæ cessat in legatis, adeoque illa diei adjectionem non respuunt. *h. tit.* Sed dies incertus pro conditione habetur, *l.* 75. *h.* nisi præstationi dumtaxat apponatur, *l.* 26. §. 1. *Quand. dies leg. ced.* nec tantum incertus habetur dies, de quo plane non constat, an & quando sit exstiturus, sed etiam, cum certum est quando, incertum an sit exstiturus: imo etiam, cum certum est quod sit exstiturus, incertum quando, veluti cum Cajus hæres morietur, *l.* 4. *pr. eod.* nempe, si legatum alii sit relictum, quia tunc manet incertum, an Cajus vivo altero sit moriturus, secundum *l.* 4. *pr. Quand. dies leg. ced.* Quod si hæreditas aut legatum alicui relinquatur, cum ipse morietur, hoc purum est, *l.* 79. *h.* non obst. *l.* 9. *C. de her. inst.* ubi adjectio cum morietur, non ad honoratum, sed ad tertium referri debet, licet aliter Gothofr. *ad d. l.* 9. (5)

7. (h) Notandus etiam casus *l.* 72. §. 4. *h. t.* Legatum Sejæ relictum est, sub conditione, si arbitratu Titii nupserit, conditio impleta censetur, *si nupserit Seja*, licet arbitratu Titii neglecto; ne sit in alterius potestate nuptias impedire, & videtur hæc esse ex earum numero, quæ libertati nocent, adde *l.* 134. *pr. de V. O.* de quibus *ad tit. de his, quæ pœn.* Tu vide *l.* 28. *pr. h.* & *d. l.* 72. §. 4. Aliud esse, monet Groenewegius ad *d. l.* 72. §. 4. si Legatum relictum sit sub conditione, *si cum consensu vel consilio Titii nupserit*, ex Grasso *recept. sent.* §. *Legatum. Quæst.* 50. *n.* 11. Mantica de *conject. ult. vol. l.* 11. *tit.* 18. 10. Peckio de *Test. conjug. l.* 1. *c.* 24. *n.* 6. Auctores illi de consilio loquuntur, quod est diversum a consensu. Consilium est commendationis potius, quam præscripti. A consensu alterius quam qui Legibus injungitur, matrimonium suspendere fas non censetur, ne quidem ut ab ipsis parentibus, liberis suis, post mortem illorum, quidquam præscribatur. *d. l.* 134. *in pr.* & *l.* 72. §. 4. *l.* 28. *pr. h. t.* Proinde nec si a Curatoris consensu nuptiæ suspendantur, Legatum aut institutio deficiet, tametsi consensus Curatoris omittatur, *arg. l.* 8. *C. de Nupt.* junct. *d. l. ll.* quæ res frequenter usu venit, tam in locis, quibus Curatoris consensus est necessarius, ut apud nos, ubi valet conditio, quam ubi non requiritur, apud Batavos.

8. (i) Sequuntur in Rubrica Demonstrationes & Causæ, de quibus dictum satis *ad Inst. de Legat. n.* 28. & *seqq. pag.* 243.

9. Tertio loco ponuntur in Rubrica Modi, qui sunt adjectiones, quibus Testator usum & scopum rei legatæ designat, veluti, ut *Cajam alat*, ut hoc aut illud *fiat*. A conditione ita fere discernitur, quod conditio per *SI*, modus per UT exprimatur. *l.* 17. §. *ult. h. t.* (k) Effectus modi est, ut legatarius, antequam accipiat legatum, caveat, se modum esse impleturum, quo non facto, hæres vi cautionis repetit, quod illi præstitit, *l.* 80. *h.* verum cogi, ut accepto legato, modum impleat, non potest legatarius, utique non ab eo, in cujus favorem modus est adjectus. *l.* 92. *h.* Sed hodie hi, quibus aliquid sub modo relictum est, quasi ex fideicommisso agere possunt. *l.* 2. *C. de his, quæ sub mod.* Quin & olim extra ordinem is, qui agnoverat legatum, compelli potuisse videtur, per *d. l.* 92.

10. (l) Debet autem modus sine dubio præcise impleri, modo per testatoris verba possit. Quid enim, si is jusserit monumentum sibi fieri, ad exemplum ejus, quod est in tali loco, idque sub pœna, ubi nullum reperiatur? Monumentum quidem omnino faciendum est, at si exemplum illud, cujus ideam testator habuit animo conceptam, ignoretur, faciendum est secundum substantiam & dignitatem defuncti. *l.* 27. *h. t.* Sic etiam, si modus per Legem civitatis non sit licitus, in alium usum, quam proxime ad voluntatem testatoris accedentem, pecunia destinata converti debet. *l.* 16. *de Usufr. Legat.* Pari modo Legatum Ecclesiæ relictum, sub modo secundum ritus ejus Ecclesiæ prohibito, nihil causæ est, quatenus non ad alium maxime similem usum legatum sit applicandum. Nec aliud dicendum, si modus initio fuerit licitus, dein reformatione in melius facta illicitus evaserit; Legatum neutiquam intercidit, nec in profanos usus converti potest, verum manet Ecclesiæ in usus pios custodiendum. Hæc accedunt ad πολυθρύλλητον quæstionem, quæ jam consenuit: sunt enim controversiarum, sicut aliarum rerum, certæ incertæve periodi.

11.

(g) *Pos.* 9. 10. & 11. (h) *Pos.* 8. (i) *Pos.* 12. (k) *Pos.* 13. & 14. (l) *Pos.* 15. 16. 17. & 18.

(4) *Pulcherrima sunt quæ de conditionibus tacitis observavit Vir Clarissimus Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 4. cap. 1.

(5) *Confer rursus Josephi Averanii* interpretationes jur. lib. 2. cap. 16.

11. (m) Subjiciemus adhuc duas observationes. Prima: sæpe fit, ut conditio pluribus personis uno verborum contextu imponatur. Quidam ex honoratis implent conditionem, quantum in ipsis est, an hi relictum pro sua parte petere possunt? Dicendum est, posse; modo res eam facultatem recipiat, ut separatim impleri possit, eoque si potis est, inclinandum, ut qui suam partem implet, admittatur. *l. pen.* §. 1. & 2. *h. t. l.* 57. §. 1. *vers. quod si uterque. D. ad Sc. Trebell.* Et quidem plerumque facti conditio, veluti, *si Romam iverint*; *si insulam ædificaverint*; omnino est individua; Proinde si unus non impleverit, nemo admittitur; secus est in conditione dandi pecuniam; qui suam partem oneris solverit, pro parte sua honoris admittitur. *l. pen. pr.* §. 1. & 2. *de C. & D.*

12. (n) Si jam factum est, quod conditionis loco ponitur, an relictum peti potest, quasi conditione impleta, an secus quasi non impleta? Sic distinguendum: aut testator ignoravit impletam esse conditionem, aut scivit: si ignoraverit, conditio pro impleta habetur; si scivit, rursus distinguitur, aut id potest iterum fieri, veluti, *si navis ex Asia venerit*, *si nupserit*: aut est ejusmodi, ut semel tantum fieri possit, veluti, *cum pubes erit*. Hoc casu conditio pro impleta habetur; sed priori expectandum, donec iterum impleatur. *l.* 10. §. 1. & *l. seq. l.* 68. *de C. & D.* Pac. *h.* Sand. 4. 6. 3. (o)

T I T. I I.

Ad Legem Falcidiam.

I. Remissio. Harmenopulus notatus. II. Ratio deducendi Quartam pressius exponitur. III. Specialiter in Legatis annuis & usufructu. IV. An consilium Imp. quod est in §. 2. in f. I. h. t. *fit obolitum* in Nov. 1. c. 1.

LOcum de Lege Falcidia *ad Inst.* titulo *παραλλήλῳ* executi sumus, ubi *a princ.* Dionem, historiam latæ legis hujus memorantem, ab errore, contra Balduinum, vindicavimus. Rectius Hermenopulum aliquis reprehendendum putet, qui *lib.* 5. *tit.* 9. *φαλκίδιος λέγεται παρὰ τῷ νόμῳ*, inquit, *ὅταν ἐκ κοινοῦ τινος πράγματος εἰς ὃ μετέχουσι πολλοὶ, μέρος τι τούτων ἑκάστῳ τῶν μετεχόντων εἰς αὐτὸ δίδοται*, id est, *Falcidia in jure dicitur, quando ex re quapiam communi, cujus plures sunt participes, aliqua pars cuique eorum, qui habent communionem, tribuitur*. Apparet, sub Falcidia Græculum complecti Legitimam, de qua prope sola in illo titulo: & est verum, in Jure legitimam quandoque Falcidiam vocari. *l.* 8. §. 11. *de inoff. testam. l.* 31. *C. eod.* Etiam Quarta Pegasiana vel Trebelliani SCti Falcidiam novimus appellari. *l.* 1. §. 19. *ad SC. Trebell. l.* 11. *de leg.* 1. & *alibi*. Sed tametsi tam generaliter abusus magis quam usus vocis extendatur, nulli tamen in mentem venit JCtorum veterum ita definire Falcidiam. Quin nec ita voce accepta, definitionem Harmenopuli quisquam adhuc obscuritatis & ineptitudinis excusaverit.

2. Quo pacto Legis Falcidiæ ratio ponenda sit, tractatum est ad §. *ult. d. tit. Inst.* Præterea sciendum, imputari in Quartam non omnia, quæ hæres ex voluntate defuncti adeptus est, sed tantum quæ jure hæreditario, *l.* 74. *l.* 76. & *l.* 91. *h. t.* nisi ab ipso, cujus damno vult uti Falcidia, aliquid percipiat. *l.* 22. *eod.* (a) Tum deductio fieri debet ab omnibus rebus legatis, non ab iis, quas voluerit hæres, communes enim fiunt legatæ res inter legatarios & hæredes, pro portione Falcidiæ, *l.* 49. *D. h. t.* ita ut respectu legatariorum ipso jure minuantur. *l.* 73. §. *ult.* Si tamen ex pluribus rebus legatis hæres quasdam solverit, uni scilicet legatario, si is petat reliquas plane, per doli exceptionem potest retineri Quarta, etiam pro his, quæ jam data sunt, *l.* 16. *in pr.* quod si hæres omnia tradiderit, ignorans vires hæreditatis, consequi potest, ut sibi restituantur, ac si malit, potest vindicare partem rei legatæ, quatenus ad quartam explendam erit necessum. *l.* 26. *h. t.* Rectius tamen faciet, si exigat satisdationem a legatario, ut, si apparuerit, cum amplius legatorum nomine cepisse, quam per legem Falcidiam capere licebit, quanti res erit, tantam pecuniam det; quæ cau-

(m) *Pos.* 16. *lib.* 28. *tit.* 7. (n) *Pos.* 17. *lib.* 28. *tit.* 7. (a) *Pos.* 3.

(o) *Adi rursus Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 4. cap. 18.

cautio non tantum committitur, si legaverit ultra dodrantem, sed & si ob emergens æs alienum hæreditas ita imminuta sit, ut legata superent dodrantem ejus, quod superesse deprehenditur, *l. 1. pr. & §. 11. Si cui plus quam per L. Falc.* de quo mox. Quod si gnarus virium hæreditatis solida legata solverit, ignorans se posse uti lege Falcidia, hæc juris ignorantia non tribuit ipsi agendi facultatem, *l. 9. §. 5. de jur. ignor.* neque enim stultis solet succurri, sed errantibus, ait *ibidem* Paulus.

3. (b) Quid si annua legata, vel ususfructus sit legatus, quomodo inde fiet deductio? Macer JCtus rationem computandi notabilem tradit in *l. 68. h. t.* Qui est infra 20. annos, præsumitur adhuc victurus annis 30. Intra annum. 20. & 25. positis, vita præsumitur ad huc 28. annorum. Inter 25. & 30. dantur 25. Inter 30. & 35. ponuntur 22. Agentibus annum 35. usque 40. tribuuntur 20. Majoribus 40. & minoribus 50. ponitur vita quasi 59. annorum. A 50. usque ad 55. anni 9. Inde ad 60. anni 7. Majoribus 60. cujuscunque ætatis tribuuntur adhuc 5. anni. Sed obtinuit, inquit Macer, ratio simplicior, ut minoribus annis 30. tribuantur adhuc 30. majoribus tot anni quot a 60. annis desunt, ut nunquam amplius quam 30. anni computentur, quod & in Republ. observatur. Sint igitur annua decem legata adolescenti, fit sors trecentorum, & hæres pro hoc legato detrahit 75.

(c) Videtur tamen & aliis modis computatio fieri posse: Nempe ut annuum legatum æstimetur quanti potest vendi; Perceptio decem annuorum pendens ab incerta legatarii vita, taxatur, ut ejus quantitatis pars quarta ab hærede detrahatur, ita est in *l. 55. eod.*

(d) Tertius modus est in *l. 47. in pr.* ut hæres de bonis Quartam retineat, atque ex eo, quod superest, tantum quotannis solvat legatario, quantum ei relictum est, donec nihil amplius de bonis supersit, neque a legatario plus etiam percipi possit; Nec videntur contraria illa consilia, ut tanquam antinomiæ, quod faciunt alii, sint concilianda. Sed & inde liquet ratio *l. 15. §. 2.* cur is, qui aliquot annis solida annua solvit, non amittat tamen Falcidiam.

Videtur adhuc esse quartus modus reliquis simplicior, ex sententia Aristonis *in l. 1. §. 9. h. t.* ut quarta fructuum vel Reditus pars quotannis detrahatur, de quo diximus *ad tit. Inst. de Usufr. n. 2.* (e) Denique, respectu reipubl. diversus modus computandi proponitur in *l. 3. § ult.* Nam si Reip. in annos singulos legatum sit, Marcellus putat, tantum videri legatum, quod de lege Falcidia quæritur, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes ejus summæ, quæ legata est, colligendas: qua ratione aliquanto minus hæres consequitur quam juxta calculum *d. l. 68.* Ibi enim decem annuis legatis sors erat 300. unde quarta capiebatur ad 75. at hic sors fit dumtaxat 250. unde quarta capitur 62. cum dimidia. Plenius igitur aliquanto legatum ususfructus Reipublicæ relictum intelligitur; de quo agit *d. l. 68.* quam annui legati.

4. Si Quarta tempore aditæ hæreditatis salva non sit, quæ tempore mortis salva fuerat, Justinianus suggerit remedium hæredi, ut præ se ferat, nolle se adire hæreditatem, de quo latius actum ad *Inst. n. 4.* Sed quibusdam videtur hoc remedium esse evanidum, per jus novissimum, *Nov. 1. c. 1.* qua constitutum sit, ut deficiente hærede, Legatariis *quasi ad ud* quædam permittatur *in d. cap. §. 1. & 4.* vers. in omnibus. Ubi: *Καὶ ἄδειαν παρεχέτω τοῖς ληγαταρίοις καὶ φιδεικομισσαρίοις προσιέναι*, *Licentia detur Legatariis & fideicommissariis adire.* Rursus: *Δίδομεν ἀδιτίονος ἤτοι προ ἐρεδε γεστίωνος ἔχειν δίκαιον. Damus illi jus aditionis aut pro herede gestionis.* Proinde nihil opus est, hæredi aditionis causa supplicare, ut Imperator supponit in *§. 2. in f. d. tit. Inst.* Ita fere Wissenbachius noster ad tinens *disp. 26. ad Inst.* Sed jam diximus *ad Inst. n. 5. in fin.* constitutionem *d. Nov. 1. cap. 1.* accipiendam esse de casu, quo scriptus hæres adiit hæreditatem, & per annum cunctatur implere voluntatem defuncti, ratione Legatorum & fideicommissorum, tum datur facultas denuo adeundi, primo, cohæredi; quasi jure accrescendi, quod hoc casu datur in partem ejus, qui jam extitit hæres; secundo Legatariis tertio hæredibus Legitimis; Quarto etiam extraneis adire & Legata præstare volentibus, supposito semper, quod habetur *in pr. §. 1. d. cap. 1.* Si hæres annum totum (post aditam scil. hæreditatem) protraxerit officium implendi voluntatem defuncti.

(f) Postremo velim hæc duo teneri; Ad rationem Quartæ stabiliendam, Legata tam ab institutis, quam a substitutis relicta, contribuuntur; ita ut si vel pariter dodrantem hæredi-

(b) *Pos. 4. & 5.* (c) *Pos. 6.* (d) *Pos. 7.* (e) *Pos. 8.* (f) *Pos. 1.*

reditatis excedant, nec Quartam hæredi salvam relinquant, detractioni Falcidiæ subjecta sint. *l.* 11. §. 5. *l.* 79. *h. t.* Wissenb. *h. t. th.* 15. *in med.*

(g) Quid si hæres æquivalentem Quartæ summam acceperit legati, fideicommissi, vel conditionis implendæ causa? Tamen gaudet Falcidia, quia in hanc imputantur ea tantum, quæ jure *hæreditario* sunt apud hæredem. *l.* 74. & *l.* 91. *h. t.* Prælegata tamen hæredibus imputantur, quatenus illa capiunt a se ipsis. *l.* 22. *h.*

Cæterum, usus Legis Falcidiæ in Foro non est frequens, cum quod raro eveniat, ut homines plus Legatis quam dodrantem bonorum complectantur, tum quod plerumque Falcidiæ usum prohibere soleant; denique ideo, quod non nisi in casu beneficii inventarii impetrati locum habere possit, ut *ad l. sub fin. h. t.* demonstratum est. Noli tamen putare, abolitum esse. Stockm. *Dec. Brab.* 38.

Ad hunc locum pertinet etiam disputatio, quam occupavimus *ad tit. de Jure Delib. n.* 8. an Hæres legatariis etiam ultra vires hæreditatis, eo quod non fecerit Inventarium, teneatur, an vero tantum amittat Falcidiæ legis beneficium, quod nos illic probavimus, eoque Lectorem remittimus.

T I T. I I I.

Si cui plus, quam per Legem Falcidiam licuerit, Legatum esse dicetur.

(a) HÆres, qui ignorans vires hæreditarias plena legata solvit, laudatur, si acquiescat, *l.* 5. §. 15. *de Don. int. V. & U.* si jure constituto velit uti, habet vindicationem rei legatæ pro rata Falcidiæ. *l.* 26. *ad leg. Falc.*

(b) Prudentius tamen fecerit, si legata soluturus exigat cautionem a legatario, ut si apparuerit, quartam non esse salvam, sive ob æs alienum, sive per plura legata, tum legatarius rem, sive quanti res erit, restituat, *l.* 1. *pr.* & §. 11. *h.*

(c) Quod si needum cuncta legatario præstiterit, habet & exceptionem doli pro quarta retinenda, *l.* 16. *pr. ad Leg. Falc.* Quin & ipsa cautio potest condici, si per errorem seu juris, sive facti omissa fuerit. *l.* 3. §. *ult. h. l.* 1. *pr. Ut in poss. Legat.*

(g) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

LIB.

LIB. XXXVI TIT. I.

Ad Senatus-Confultum Trebellianum.

I. Remiffio, & de origine fideicommifforum aliquid indictum. II. Primævus eorum ufus perquam rarus, non tamen abolitus, & exemplum. III. Ufus fideicommiffariæ fubftitutionis, an fatis falubris. IV. Senatus C. Pegafianum non videri adhuc penitus fublatum. Sed Quartam e fideicommiffis fingularibus, non aliunde deduci. V. Modi fideicommifforum varii. VI. Conditionem, fi fine liberis, non impleri, nifi per liberos ex juftis nuptiis procreatos. VII. Quid fi duobus uno contextu adjecta, fed in uno impleta fit. VIII. In liberis fideicommiffo gravatis conditionem intelligi tacite. IX. Exemplum rei judicatæ ad ufum illius conditionis pertinens. X. De tacita conditione quæ ineft fideicommiffo, quo poft mortem Primi hæredis vocatur Secundus. XI. De fideicommiffo temporario. XII. De neceffitate reftituendi fideicommiffum. XIII. An & prælegata, portionefque cohæredum adquifitæ reftituantur. XIV. An & portio quæ accrevit, diftincte; XV. Fructus non effe reftituendos, nifi rogatu Teftatoris. XVI. An hæres-hæredis Quartam detrahere poffit. XVII. Differentia inter Falcidiam & Trebellianicam. XVIII. An tacita prohibitio Quartæ fufficiat. XIX. An parentes in teftamento cavere poffint, ne liberi plus legitima capiant. XX. Cæteri modi, quibus Trebelliana ceffat.

Dictum eft ad *princ. tit. Inft. de Fideicommiff. Hæred.* originem fideicommifforum fuiffe a perfonis incapacibus, ut hæ per minifterium capacium hæreditatibus & legatis augerentur, nec ullam fuiffe neceffitatem talia præftandi fideicommiffa, quia nemo Judex aut Magiftratus poterat cogere fiduciarios hæredes, aut jus dicere perfonis per leges capere prohibitis; donec Auguftus jam non minifter Legum, fed αὐτοκράτωρ καὶ ἑαυτοῦ καὶ τῶν νόμων, *fummus Arbiter fui & Legum*, mutationem inftituit, quam *prædicto loco* commemoravimus, poftquam ipfe fuo exemplo quid fas & fides exigeret, fæpe docuerat. Quo minus autem miremur, Augufto placere potuiffe commentum, quo leges eluderentur, dici poteft, illas Leges fere antiquas, duriores, & ufu quodammodo tritas fuiffe, qualis verbi gratia, de filia civis Romani qui cenfus erat, quam pater hæredem fcribere non poterat, quod non cenfus facere poterat, tefte Cicerone, *prima in Verrem*. Verba Ciceronis; *Publ. Annius Afellius mortuus eft C. Sacerdote Prætore. Is cum haberet unicam filiam, neque cenfus effet, quod eum natura hortabatur, Lex nulla prohibebat, fecit, ut filiam bonis fuis hæredem inftitueret.* Et mox, *Qu. Voconius fua Lege fanxit, qui cenfus effet, ne quis hæredem Virginem, neve mulierem faceret.*

2. Sed quam non diu hic ufus fideicommifforum in vigore fuerit, & quam certum deinceps habitum fit, ut incapacibus relicta palam, pro non fcriptis haberentur, clam relicta fifco vin-

vindicarentur, *eodem loco* declaratum est; Adeo ut hæc fideicommissa, quibus hæres primus immediate vel in continenti rogaretur aliis hæreditatem restituere, abierint in desuetudinem; materia tamen ejusmodi testamentorum deficiente potius, quam jure positivo contrario. Quominus enim si quis occasionem habere se putans hoc modo agendi, aliquem scribat hæredem, cujus fidei committat, ut hæreditatem alii statim restituat, modò persona legibus non sit incapax, nihil est quod prohibeat. Ejusmodi exemplum placet addere, quia sunt rariora. Bernardus Schotanus Antecessor Lugduno-Batavus celeberrimi nominis, quanta Legum scientia, tanta agendi fecunditate Leges dexteritate præditus, aliquando consultus a cive Leidensi *Arnoldo de Witt*, quo pacto efficere posset, ne sorores suæ, quas volebat hæredes relinquere, cum uxore sua, quacum erat ipsi communio bonorum, contenderent, quod, ut ingenium erat mulierum, omnino prævidebat futurum, respondit; si omnem litium occasionem præcidere vellet, nihil ad eum finem efficacius esse, quam si amicum aliquem, cui fidem haberet, hæredem institueret, præteritis sororibus, eumque rogaret, ut bonis divisis & uxoris Patrimonio ab hæreditate sua separato, hanc sororibus suis restitueret. Paterfamilias hoc consilio probato, ejus auctorem, non minoris probitatis quam doctrinæ Virum, hæredem suum ex asse scripsit, fide ab illo accepta, se bona ab uxoriis divisa sororibus restituturum; nulla tamen earum mentione in testamento facta; quia si fideicommisso vocatæ fuissent, a bonis inspiciendis, exigenda cautione, aliisque molestiis movendis arceri non potuissent. D. Schotanus ita rem administravit, accepta cautione indemnitatis ab uxore, quam vidi scriptam 13. *Aprilis* 1644. Fuit hoc pristini fideicommissum instituti; A quo non abludit Testamentum Johannis Calvini Theologi, a Beza in *ejus vita* relatum, quo fratrem *Antonium* scripsit hæredem honorarium, ut loquitur, id est, fiduciarium, rogatque eum, ut accepto poculo argenteo, quod demonstrat, reliquam hæreditatem aliis restituat. Hoc modo fideicommissa veteri methodo relinqui non est insolens. Denique Clausula Cod. tale fideicommiss. contineri, dictum est *ad fin. l. de Cod.*

3. Sed maxime frequentata sunt fideicommissa, postquam alius eorum usus, quam qui initio fuerat, invaluit, nempe ut instar substitutionis fungerentur; nam cum olim hæredum gradus fieri non possent, nisi qui vel aditione, vel pubertate evanescerent, fideicommissorum specie cœperunt testatores rogare suos hæredes, ut hæreditatem post aliquod tempus, vel conditione existente, aut frequentissime post mortem suam, seu pure, sive, *si sine liberis decederent*, aliis restituerent, idque per plures gradus sine fine modoque. Jam cum naturæ hominum sit insitus amor potentiæ, etiam post mortem, si potis, exercendæ, factum est, hac facultate oblata præscribendi legem feræ posteritati, ut nullus fere testator ita sibi displiceret, qui non se dignum putaret, cui abnepotes mortuo obedirent, quasi immortalitatem adeptus. Sane originalis ille fideicommissorum usus non fuit diuturnus; qui enim ut legibus illuderetur a testatoribus, diu ferrent Cæsares? Ne ipsum quidem Augustum æquo tulisse animo arbitror, ut quas pœnas Juliis sanctionibus in orbos & cælibes aliosque statuerat, his privati secretis commissionibus enervarent. Hodie utique satis constat, non licere per fideicommissa quidquam relinquere personis, quas leges inhabiles & intestabiles esse volunt, sive aperte in testamento scribatur fideicommissum, seu tacita rogatione fides hæredis scripti devinciatur; nam quod palam rogatur, id pro non scripto habetur, quod clam, id in fiscum redigitur, ut dix. *ad tit. de his, quæ pro non script.* Nihilo tamen rariora, sed toto jure frequentissima fideicommissa supersunt, illo scilicet usu spurio & quasi fortuito repertio. Nec scio, an satis Reipublicæ consultum sit, ubi hoc institutum vetustate corroboratum est. Testandi infinita potestas XII. tabulis stabilita, multis sapientibus populis displicuit, & præ se fert aliquam speciem insolentiæ, quod mortuus homo regnat: Quid jam videtur, ubi post tot secula, post tot successionum revolutiones, adhuc imperat, jubet, vetat? Decemviris & veteribus Romanis, ne per somnium quidem venit in mentem, ut dispositio toleraretur, qua homini in mea potestate non constituto præscriberem, cui ille moriturus bona relinqueret, imo quid de suis rebus per omnem æternitatem fieri cuperet: nam huc devenimus, ut fideicommissa æterna cujuslibet ægræ mentis αὐθάδεια fundare queat. Fideicommissa prima nihil quam legum elusiones fuerunt; Illa exorbitatio peperit aliam multo quidem magis enormem, magisque a veteri jurisprudentia abhorrentem; qua ma-

magna quidem, sed forte parum utilis accessio Jurisprudentiæ facta est, quæ non magis molem legum, quam litium, in immensum auxit. Neque enim ulla seges feracior in foro, quam hæc fideicommissorum, horrea judicum & patronorum implet. Quippe ex vetustis ac æternis causis, veteres imo æternas oriri tricas contentionesque necessum est. Idque rerum usus omni die probat, ex antiquis fideicommissis, cum bona ante memoriam hominum aliis relicta repetuntur, difficultates oriri inexplicabiles, litesque suis causis pares. Sed hæc hactenus: utemur nihilominus jure scripto libenter & diligenter.

4. (a) Historiam Senatus-Consultorum Trebelliani & Pegasiani, satis prolixe *ad Inst.* habuimus, abolitionemque alterius, & sententiam utriusque confusam in Trebellianum, exploso Pegasiano, quod attinet ad hæreditates fideicommissarias: Nam cur dicendum sit, de Pegasiano nihil amplius omnino superesse, ratio nulla videtur; quatenus certum est, Pegasiano senatusconsulto cautum quoque fuisse, ut ex singulis rebus per fideicommissum relictis Quartæ retentio permitteretur. §. 5. *vers. ex singulis. Inst. de fideicommiss. Hæred.* *l.* 2. §. 6. *C. de vet. jur. enucl.* Ex quibus, cum nulla alia Lege Quartæ ratio stabilita sit, eaque nihilominus supersit, hunc articulum Pegasiani adhuc superesse dictu necessarium est. Falcidia quidem Lege de fideicommissis nihil comprehensum fuit; Namque cum Falcidia rogabatur, Fideicommissa vim juris necdum obtinuerant. Lata enim est Lex illa *Calvino & Pollione* Consulibus, anno *U. C.* 714. teste Dione *lib.* 48. anno post primum Augusti consulatum quarto; At fideicommissa Lege nulla constituta, verum exemplo Augusti uno alteroque, postquam diutius imperaverat, recepta, paulatimque in jurisdictionem perpetuam conversa fuerant. *pr.* 1. *de Fideicommiss. Hæred.* Vulgo quidem de fideicommissis Quartam detrahi Falcidiam volunt & probant ex *l.* 1. *h. t.* ubi sic ait Ulpianus, *Explicatum esse tractatum, qui ad fideicommissa singularum rerum pertinet; Transeamus nunc ad interpretationem SCti Trebelliani.* Atqui in priore libro de Lege Falcidia fuit actum. Unde colligendum sit, hanc ad singularia fideicommissa pertinere. Responsio est, Ulpianum quidem in tractatu de Fideicommissis, unde excerpta est *lex* 1. *h. t.* egisse de Fideicommissis particularibus, sed de Lege Falcidia pariter egisse, non apparet: Nec ea in compilatione Pandectarum exigenda est accuratio, ut versiculi connectentes eandem per omnia relationem in Pandectis habeant, quam habuerunt in commentariis JCtorum, e quibus sunt desumpti. Actum est de legatis & fideicommissis, pariter in præcedentibus a Justiniano libris; Sed Falcidiæ applicatio Legatis dumtaxat convenit. Non est quod negamus, Falcidiam a JCtis ad fideicommissa particularia quandoque fuisse productam, antequam a Pegaso de fideicommissis relatum esset: Hoc enim de ipsis hæreditatibus fideicommissariis factum videmus in diversis legibus, ut ex universali Fideicommisso detractio Legis Falcidiæ prædicetur. §. 3. *Inst. Quib. mod. Testam. infirm.* verb. *ut contentus rebus.* *l.* 11. *de Legat.* 1. *l.* 30. §. 7. *D. ad L. Falcid.* Imo Trebellianicæ Quartæ, ita ut hic titulus hodie usurpatur, nulla usquam in Jure, ne quidem in Codice, sit mentio. Ex quibus tamen minime recte inferas, Quartam de fideicommissis universalibus esse ex lege Falcidia, quæ est ex Pegasiano, & post transfusionem ex Trebelliano SCtis. Proinde cum Quarta fideicommissorum singularium æque sit ex Pegasiano: quod ante hujus existentiam lex Falcidia utiliter a JCtis illuc extensa sit, ex eo non magis sequitur, Quartam illam esse ex Lege Falcidia, quam valet eadem consequentia in fideicommissariis hæreditatibus. Denique, adæquatio legatorum & fideicommissorum, si quis illam urgeat, pertinet ad effectus dumtaxat, non ad rei ipsius differentias, nec ad historias Legum constitutarum.

5. Quanquam autem de Fideicommissis plena manu sit actum ad *Instit.* amplitudo tamen & utilitas materiæ facit, ut eam ordine justo recensendam putemus; dicta *remissive*, indicta paulo diligentius inculcando. Fideicommissa varie relinquuntur, testamento, vel ab intestato. Pure vel sub conditione. Expresse vel tacite. Personis certis, aut in plures gradus, vel in perpetuum. Quando Fideicommissum testamento relinquitur, Testator scribit aut nuncupat primo hæredem suum, eumque rogat, aut mandat, vel ejus fidei committit, ut bona restituat certæ personæ uni vel pluribus, aut incertis, de quibus ex eventu sit constitutum, veluti, *his qui ab intestato mihi proximi reperientur*, quo nihil frequentius. Sine testamento Fi-

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. & 5.

Fideicommissum relinquitur, quando aliquis sanus aut æger, hæredem ab intestato proximum rogat, ut bona restituat, sicut modo dictum est. Idque si fiat in præsentia hæredis sui, minoris sive majoris, verbis ad ipsum directis, coram duobus aut tribus testibus, vel etiam sine teste, si modo non ausit negare juratus aut injuratus, se esse rogatum, valet, qua de re actum *ad tit. Inst. de sing. rebus per fideic. in fin.* Sand. 4. 5. 18.

6. Secunda divisio Fideicommissorum universalium, in pura & conditionalia, vix est ut frequentem usum habeat; quia plerumque sub conditione relinquuntur. Conditiones adjici possunt variæ, pro Testatoris arbitrio: sed omnium frequentissima est, *si moriatur sine liberis*. Quæ conditio deficit, & consequenter substitutio fideicommissaria evanescit, si hæres fiduciarius sive gravatus sub illa conditione, liberos habens decesserit. Tunc enim qui secundo, tertio, quarto loco substituti sunt, etsi successores primo sine liberis sint mortui, non admittuntur. *l. 6. §. penult. C. ad SC. Trebell l. 71. §. 3. vers. Ante nuptias. l. 40. & l. 44 de C. & D.* Quæ doctrina cum in thesi sic satis indubitata videtur, in hypothesi tamen sæpe non parvæ incertitudini obnoxia reperitur, ut videre licet apud Sandium *lib. 4. tit. 5. def. 9.* Sub liberis alios non contineri quam ex justis nuptiis natos, alibi dictum est, non utique adoptivos, *l. 76. de C. & D.* neque naturales, *l. 6. C. de Inst. & subst.* nisi ex conditione, dignitate, voluntate ejus, qui fideicommisit, aliud statuendum sit. *l. ex facto 17. §. 4. ad SC. Trebell.* Fachinæ. *lib. 4. contr. C. 60. & 61.*

7. Quæsitum est, cum hæc conditio duobus hæredibus uno verborum complexu adjecta esset, scilicet, ut hæreditatem restituerent, *si sine liberis morerentur*, uno ex iis sine liberis, altero cum liberis mortuo, utrum conditio defecisset, an pro parte unius extitisset. Species facti hæc erat: Paterfamilias testamento suo, quod conditum erat 13. *decembr.* 1616. bona sua materna reliquerat *Epæo & Focææ* a *Glinstra*, sub onere fideicommissi, ut, si duo prædicti frater & soror sine liberis morerentur, bona devolverentur ad reliquos ipsorum fratres & sorores. Accidit, ut Epæus liberis susceptis, Focæa sine liberis moreretur, hærede relicto marito *Tiberio Thomæ* Jurisconsulto. Qui bona quoque fideicommissaria ad se pertinere contendebat, eo quod conditio, *si frater & soror sine liberis morerentur*, defecisset, existentibus liberis, scilicet fratris. Ab altera parte, conditionem divisim respectu singulorum hæredum esse spectandam, disputabatur. Proinde quisquis eorum sine liberis decessisset, in eo conditionem fideicommissi esse expletam. Quod merito ita Curiæ nostræ visum: Conditiones enim pluribus impositæ, si respectu singulorum impleri possint, seorsim considerantur, secus si non nisi in omnibus existere possint. *l. 112. in pr. §. 1. & 2 de C. & D.* Quin ita in terminis decisum, in *l. 57. §. 1. ad SC. Trebell.* ubi; *Si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem hæreditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo*. Defuncto altero, superstite filio, novissimo autem sine liberis, neptis quidem, ait Papinianus, prima facie propter conditionis verba non admitti videbatur: Sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondi, partis nepti petitionem denegari, quam totam habere voluit avus, si in utroque conditio impleta fuisset. Ita quoque in ista facti specie judicatum *d. 20. Decembr.* 1644.

8. Favor voluntatis in fideicommissis effecit, ut si liberi fideicommisso universali gravati sint, hæc conditio, *si sine liberis*, etsi non expressa, tacite intelligatur. Nimirum, si pater filium filiamve rogaverit, ut post mortem Tertio restituat hæreditatem, filioque dein proles sit nata, mortuo filio, prole superstite, non fiet restitutio, sed bona penes liberos defuncti, qui sunt nepotes Testatoris, remanebunt, ne videatur Testator alienas successiones propriis anteponere, *l. 30. C. de fideicomm. L. cum avus* 102. *de* C. & D. quemadmodum occupavimus *ad Inst. n.* 13. Verum ibi sic adjecimus; Quæ conjectura pietatis deficit, si Filius hæres scriptus tempore facti testamenti, quo fideicommissum est conditum, liberos habuerit, eosque natos esse non ignoraverit Avus testator. Ei limitationi hic addam; Probationem ejus esse ex *d. l. 6. ℣. cum autem C. de Inst. & subst.* in verbis: *intelligendum non esse verisimile, Patrem, si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem*. Atqui de nepotibus jam natis, & quos sciebat esse natos, non potuit non cogitare; quos tamen cum præterierit, nulla est ratio, cur ab expressa Testatoris voluntate sit recedendum. Quæ ratio locum etiam invenit in militis testamento, quod, si liberi sunt præteriti, valet, modo Testator sciverit se habere liberos; non valet, si ignoraverit; quia creditur illos non fuisse præteritu-

rus,

rus, si scivisset eos existere: Quando autem scivit, voluntas ejus exitum habere debet. §. *sed si 6. Inst. de Exhæred. lib. l. 9. & sequ. C. de Testam. mil. l. 7. D. eod.* Eadem distinctio servatur in donatione, quæ revocatur ob liberos supervenientes, *l. 8. C. de revoc. donat.* ex eadem ratione, quæ redditur *in d. l. 30.* quia donator non præsumitur alienas successiones præferre voluisse propriis; Sed hæc præsumptio non nisi in supervenientibus, id est, postea natis liberis obtinet, non habet locum in liberis donationis tempore, non ignaro debitore natis. Contrariam tamen sententiam acriter defendit Menochius, in *lib. 4. tom. 4. præsumpt. 89. n. 77.* & ex eo Fachinæus 4. *contr. c. 59.* Multi putant, hanc conjecturam quoque cessare in hac specie; Testator filium instituit, eique sine filiis decedenti agnatum substituit. Filius decessit, superstite filia, nepte Testatoris. Quasi Testator, in hac specie conservationem bonorum in nomine familiæ & agnationem consideraffet, quod in persona neptis non habeat locum; sed verius est, sub voce filiorum heic quoque filias contineri. *l. 1. & 201. de V. S.* Consilium autem de non alienandis bonis extra nomen familiæ, prægnantioribus verbis aget, quam ut æquitas urgentissima *d. l. 102. & l. 30.* subvertatur, ut recte probat idem Fachinæus *d. lib 4. c. 57.*

9. Ad hanc conditionem, *Si sine liberis*, pertinet hæc species facti ad usum rei intelligendum faciens. Testatrix habens aliquot liberos superstites, & ex aliis defunctis nepotes, scribit hæredes liberos suos atque nepotes, his additis verbis, *Si quis ex suis liberis aut nepotibus, sine liberis moreretur, ut eorum portio ad cæteros perveniret, omnibusque mortuis, ad eos, qui sibi ab intestato proximi forent.* Post mortem Testatricis unus ex liberis primi gradus, Filia, decedit, superstite filio; qui deinde *sine liberis* est mortuus, hærede relicto. Matertera petit hæreditatem maternam vi fideicommissi Aviæ, quæ reliquos liberos vocaverat, in casum, si quis liberorum vel nepotum *sine liberis* moreretur. Nunc unus e nepotibus sine liberis est mortuus, Ego ex liberis Testatricis superstes sum: Ergo ad me bona pertinent, ex fideicommisso. Contra hæc pater nepotis, qui sine liberis erat mortuus, ita procedebat, Testatrix instituit liberos & nepotes, qui tunc erant, cum testaretur; nepotes ex liberis tum superstitibus ac institutis nascituros, non fecit hæredes. Singulos Hæredes scriptos oneravit fideicommisso; qui non sunt hæredes scripti, ad hos nec fideicommissi onus pertinet. Meus Filius modo defunctus, fuit nepos ex filia hærede scripta, non fuit nepos hæres institutus. Ipse igitur nullo fideicommisso gravatus est: Ideoque nihil obstat, quominus ego sim hæres ab intestato. Res inde pendebat, utrum nepos ille defunctus, esset vocatus e testamento aviæ, ut institutus ab illa dici posset; quia neminem fideicommisso gravatum, quam qui recto jure vocatus est, intelligi constat. §. 2. *Inst. de fideic. hæred.* In prima enunciatione, qua dicti erant hæredes, non erant comprehensi, sed tantum nepotes tunc e liberis præmortuis extantes. Ex verbis sequentibus, refert *Nauta* noster, quosdam ex Dominis putasse, nepotes etiam postea natos vocari; primo ex his, *si quis e meis liberis aut nepotibus*; Sed manifestum erat, hæc verba esse relativa ad priora, quibus erant instituti nepotes, qui tunc erant e liberis præmortuis, non qui e liberis superstitibus aliquando nascerentur. Quidam putabant in ejusmodi specie dubia, nepotes nascituros debere vocatos censeri implicite per conditionem, Si liberi *sine liberis* moriantur: his enim verbis indicabat Testatrix, se velle, ut ad liberos liberorum sive nepotes nascituros bona pervenirent, quibus idcirco fideicommissum in favorem reliquorum liberorum esset applicandum: Accedente præsertim favore præferendi successiones proprias extraneis, quod fuisse Testatricis consilium, satis apparebat. A Curia tamen nepos fideicommisso vacuus est habitus, & matertera exclusa; rationibus expositis; non obstantibus ultimis argumentis. Primum enim removetur notissima Regula, positos in conditione, non censeri positos in dispositione, quam vidimus *ad tit. de Condit. inst. n. 7.* (b) Alterum argumentum de extensione facienda in favorem fideicommissorum ex præsumpta voluntate defuncti, infirmitur hac regula; quod fideicommissa secundum strictissimas juris regulas sint accipienda, in quibus de re ad rem, de casu ad casum, de persona ad personam non fiat extensio, idque ab hujus quæstionis terminos applicatur in *l. 10. de liber. & post. hær.* Sand. *lib. 4. tit. 5. def. 10. sub fin.* Res illa judicata est *d. 15. Jul. 1637.* & confirmata judicio Revisionis, *inter Jelke Oenes, contra Johannem Melchioris Scabinum Civitatis Leovardiensis.*

10. Hactenus de conditionibus tacitis. Quin etiam

(b) *Pos.* 23.

etiam fideicommissa, quibus simpliciter post mortem primi hæredis secundus ad bona primi relicta vocetur, etsi pure exprimantur, habent tamen hanc conditionem, *si secundus primo supervivat*; Nam si hic ante primum moriatur, deficit fideicommissum, quasi deficiente conditione, *l. 4. in pr. D. Quand. dies legat. ced.* nec interest in iis quidem verbis, utrum primus moriatur ante, vel post Testatorem, quoniam hæc verba tam vulgari quam fideicommissariæ substitutioni conveniunt, de quo discrimine diligenter actum est *ad tit. de vulg. & pup. sub. n.* 11.

11. Quod attinet ad ipsa fideicommissa tacite relicta, quæ maxime per alienationem prohibitam committuntur, de his paulo *inferius* agetur commodius, & de perpetuis fideicommissis *ad Instit. tit. de fideic. hered. n.* 14. 15. & 16. actum est copiose; Quæ ad tempus fiunt, bifariam intelliguntur, ut vel certis gradibus hæredum gravatorum, vel certo annorum numero in iisdem personis limitentur, quomodo frequenter accidit ad annum vicesimum quintum ætatis. De tali fideicommisso sic usus venit quæri. Testator hæredem simpliciter fideicommisso devinxerat; dein codicillo permiserat, ut natus annos septem & viginti de bonis *disponere* posset. Hæres egressus illam ætatem, res hæreditarias alienaverat. Fideicommissarii in testamento vocati, bona persequebantur, ut qui fideicommissum non abolitum, sed limitatum esse contenderent, data facultate *disponendi* post illud tempus per ultimam voluntatem, ut hoc vocabulum disponendi vulgo usurpatur. Si quamlibet alienationem permittere voluisset Testator, fideicommissum fuisse, revocaturum. Derogationem voluntatis jure stabilitæ, stricte accipiendam. Sed eo non obstante, Curia nostra vocabulo *disponendi* plenum effectum censuit adscribendum, qualem proprietas vocabuli fert; cui accedebat, quod antea dictum, placere fideicommissa strictiori interpretatione haberi. Sic judicatum in causa *Friderici Ruysch contra Petrum Reineri d. 5. April.* 1636. apud *Nautam Ms.*

12. (c) Porro die fideicommissi cedente, qua de re *ad tit. sequ.* hoc est, quando Testator fideicommissum præstari voluit, Fiduciarius hæreditatem restituere cogitur, *l.* 4. 5. 7. 9. §. 1. *l.* 13. §. 3. & 4. & *l.* 14. §. 1. *h. t.* vel si mortuus sit, ejus hæres. *l.* 44. *pr. eod.* Quod si fiduciarius hæreditatem non coactus repudiaverit, proximi a Testatore vocantur ab intestato, cum onere fideicommissi in favorem eorumdem, qui prius vocati sunt. *l.* 2. §. *ult. de suis & legit. hered.* Si vero nec repudiaverit, nec ad adeundum remediis prætoriis compelli potuerit, verum celaverit se, aut mortuus sit absque hærede & restitutione, jus hæreditarium actionesque sponte transeunt in fideicommissarium; idemque respectu fideicommissarii, qui rursus alii restituere debet. *l. pen.* §. 1. *C. ad SC. Trebellian.* E contrario, si fideicommissarius tempore diei cedentis non extet, aut repudiet, hæreditas manet penes fiduciarium aut ejus hæredem, nisi alter substitutum habeat: si vero post diem cedentem moriatur fideicommissarius, transmittit fideicommissum ad hæredem suum. *l.* 25. *in pr. l.* 46. *eod. tit.* (1) Cæterum, quando fiduciarius se cogi sustinet; nihil præter nudum juris ministerium præstat, neque lucrum percipit, neque de damno tenetur. *l.* 4. *eod. tit.* Sed coactio minus hodie frequens est, postquam mos rogandi hæredes, ut confestim restituant, obsolevit: nunc quia domini sunt, dum vivunt & bonis fruuntur, raro coguntur. Hæ summæ sunt, excerptæ ex his, quæ *ad tit. Inst. n.* §. 10. 11. latius exposita sunt.

13. (d) Quæstionis est, an etiam prælegata necessitate restitutionis comprehendantur. Et probata est distinctio, utrum de hæreditaria portione restituenda sit rogatus, an quidquid ad hæredem a testatore pervenerit. Si prius, tum prælegata sunt libera; si posterius, hæc etiam restituenda sunt, quia verum est quod a Testatore pervenerint. *l.* 3. §. 4. *h. l.* 16. *C. de Fideic. l.* 96. *de Leg.* 3. *l.* 86. *ad L. Falc.* Gail. 3. *obs.* 132. Sand. *lib* 4. *tit.* 5. *def.* 12. ubi plures citati Auctores. Verum ab ea parte distinctionis, quæ meminit hæreditariæ partis, excipitur ea pars, quam hæres habet a se ipso, nec est, quam jure hæreditario habuisset, si res prælegata non fuisset: ut hanc etiam restituere cogatur. *l.* 18. §. *ult. h. t.* & Sandius *ibidem*. Eadem distinctio locum habet circa portionem hæredi gravato a cohærede per fideicommissum ejusdem Testatoris advolutam. Exempli gratia, Paterfamilias Patronus causarum, bonis & optimis temporibus centum mil-

(c) *Pos.* 7. 8. & 9. (d) *Pos.* 10.

(1) *Itaque fideicommissum universale etiam non agnitum transmittet fideicommissarius ad heredem suum: ut recte probat & ab objectionibus vindicat Josephus Averanius interpret. jur. lib. 4. capp. 6.-7. & 8.*

millia circiter, Imperalium, in tritura forensi lucratus, hæredes instituit duos e sorore nepotes, fideicommisso gravatos, ut si quis eorum sine liberis moreretur, bona, quæ a se pervenissent, ad alterum superstitem, atque ad neptim, quam præterierat, devolverentur. Mortuo sine liberis hæredum altero, pars ejus ad fratrem atque ad sororem petinebat: Quærebatur, an ea pars, quæ fratri adquisita erat, sub fideicommisso, quod ipsi erat impositum, contineretur, an vero libera esset, æque ac pars sororis, quæ primo loco non instituta, nullo fideicommisso gravari potuerat. Respondi, quia dictum erat in testamento, ut quidquid a testatore ad hæredem pervenisset restitueretur, si absque liberis e vita excederet, sub hoc fideicommisso etiam bona, quæ per substitutionem ejusdem testatoris ad eum pervenerant, contineri.

14. An eadem distinctione utemur in Quæstione, quam occupavimus *ad tit. de Adquir. Hæred. n. 7.*? Rogatus est Titius partem suam hæreditariam restituere; Si interim pars cohæredis deficientis ei accrescat, hanc eum restituere non cogi, jam probavimus in loco *prædicto*, & respondimus ad *l. 43. h. t. l. 33. §. 1. de Usufr. & l. 53. de Adquir. hæred.* ei consonam, quibus utitur in contrarium D. Wissenbach. *ad h. t. th.* 18. *in fin.* An secus erit, si rogatus sit Titius restituere quod ad eum pervenit a defuncto? Sic videbatur: Nam portio, quæ accrevit ei a cohærede deficiente, sine dubio pervenit a defuncto. Ego tamen subsisto. Nam illa pars deficientis, vel fuit gravata simili fideicommisso, vel fuit libera. Si gravata fideicommisso, tum vel defecit vivo testatore, vel post ejus mortem & repudiationem. Hoc casu jus Accrescendi cessat, opinor, quia fideicommissarius potest hæredem gravatum cogere, ut adeat atque restituat, vel hæreditas pro adita habetur, *per ea, quæ modo dicta sunt*. Quod si vivo Testatore defecerit hæres gravatus, jam fideicommissarius ad eam partem vocatus nihil juris habet, per ea, quæ diximus *ad tit. de Vulg. & pup. sub. n. 11. & 12.* Scilicet fideicommissarii jus interire, si primus hæres non fuerit superstes defuncto, ita ut restitutio ne quidem fieri potuerit: Quare pars illa tum libere accrescit Titio gravato, de quo agimus. Et si jam alius sit fideicommissarius, cui illa portio destinata erat, & quæ casu libera facta est, nulla ratio Titium coget; ut partem, quæ accrevit, restituat ei, cui Testator eam noluit restitutam. Jam si plene libera pars inde ab initio fuerit, quæ deficiens accrevit, putem similiter negandum, hæredi fideicommissario quidquam inde deberi, quod testator nullo fideicommisso affecit. Tu dices, hoc tamen peevenit a testatore ad hæredem, & ille rogatus est quod pervenit restituere. Sed respondeo, Tò pervenit ad id, quod expressa voluntate defuncti, aut per consequentiam ejusdem fideicommissi ad hæredem pervenit, referendum, non ad ea, de quibus Testator forte nec cogitavit, & quæ fideicommisso non subjecit. Hanc rationem secuti sumus in hujusmodi facti specie, cujus admodum frequens usus est. Testator instituit hæredes quatuor, & eorum unum fideicommisso obstrinxerat, si sine liberis, in gratiam reliquorum superstitum, *hac formula*, de goederen hem van my aengekomen, *bona quæ ad illum a me pervenerint*. Moritur unus ex tribus reliquis ante Testatorem, ideoque cæteris accrescit ejus portio, quos inter erat ille pro sua parte bonorum fideicommisso gravatus. Quo dein sine liberis defuncto, hærede uxore, ab hac repetebatur juxta partem, quæ mariti peculiaris fuerat, id etiam, quod ei defectu cohæredis accreverat; Consultus respondi, illam partem, quæ defecerat, a fideicommisso alienam fuisse, neque Testatorem ejus maritum magis onerasse illorum fespectu, quam cæteros. Verba *van my aengekomen*, referenda ad ea bona, de quibus Testator locutus & quæ fideicommisso adfecerat, non ad ea, de quibus non cogitaverat fideicommittendis ac onerandis. Accidit *d.* 15. *Apr.* 1685. Est adeo insignis hæc limitatio.

15. Necessitatem restitutionis ad fructus non pertinere diximus jam *ad Institut. h. t. n.* 6. nisi Testator de fructibus etiam cogiverit, ut similiter illic monuimus. Sed hic articulus paulo plenius exponi meretur. Rogatio vel expresse fit, vel tacite. Fit tacite, veluti, quando hæreditatem cum incremento restituere jussus est, *l. 63. §. 4. h.* vel si dixerit testator, *quantacunque pecunia ex hæreditate de bonis meis ad eum pervenerit*, omnem restitui volo. *l. 32. h. t.* Papinianus in simili *formula diversum sentire videtur*, *in l. 57. pr. h. t. Hæredes mei, quidquid ad eos ex hæreditate bonisve meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriæ meæ Coloniæ Beneventanorum; nihil de fructibus, pendente conditione perceptis, petitum vide-*

videri constitit. Quidam differentiæ rationem petunt a natura cautionis, quam Ballista testator in *d. l.* 32. ab hæredibus suis vult præstari, quæ facilius fructuum incrementum recipiat; Nisi dixeris, illam cautionem solummodo in securitatem fideicommissi præstandam, eique subordinari, proinde obligationi hæredis nihil superaddere. Forte an oratio Ballistæ amplior & efficacior ad rem est, quam in specie Papiniani; *Quantacunque pecunia*, nihil non sub his verbis comprehendi posse videtur, *ex hæreditate, de bonis*; sane fructus non esse hæreditatis, sed ipsis rebus acceptos ferri, affirmat Ulpianus in *l.* 18. §. 2. *h.* quod ideo videtur intendisse Ballista, verbis, *de bonis*: sed in *d. l.* 57. de *hæreditate bonisve*, παραλλήλως ut synonyma ponuntur; etenim ejusmodi formula fructus nullo modo comprehendi, discimus etiam ex *l.* 83. *in pr. de leg.* 3. Eodem modo conciliandа lex 3. §. 2. *de Usuris*, cum *l.* 58. §. 7. *h. t.* In *l.* 3. Papinianus docet, eum, *qui rogatus est, post mortem suam quidquid ex bonis superērit Titio restituere*, videri etiam, ut fructus restituat, esse rogatum. Rursus idem in *l.* 58. respondit, eum, *qui rogatus sit restituere quidquid ex hæreditate superfuisset, fructus superfluos restituere non videri rogatum*. Papinianum utique sibimet ipsi non esse contrarium, credimus; atqui nec quidquam apparet diversi in his responsis, quam diversa hæreditatis & bonorum significatio. Confer quod *ad Inst. d. num.* 6. ἐσχολίαζε Thomasius, & nos respondimus.

16. In restitutione facienda, fiduciarius hæres detrahit Quartam, de qua similiter actum non agemus, post ea, quæ *ad Inst. h. t. n.* 3. 6. *& seqq.* dicta sunt. Sed an hæres hæredis gravati Quartæ jus habet deducendæ? Hanc Quæstionem, ait D. Wissenbach. *ad h. tit. th.* 12. *in Suprema Curia anno præterito disceptatam memini, an autem supremo calculo jam finem acceperit, ignoro.* Puto autem posse, addit, *arg. l.* 10. *C. ad L. Falc.* juncto §. 5. *Instit. de Fideicomm. hæred. l.* 65. *de V. S. &c.* In iis quidem terminis, de quibus agit *Lex* 10. *C. ad L. Falcid.* & reliqui textus a Wissenbachio citati, non credo unquam hac de re apud Supremam Curiam fuisse dubitatum; Scilicet quando Testator hæredem suum rogavit, ut si sine liberis diem suum fungeretur, portionem hæreditatis aliis restitueret. Nam eo casu emolumentum, quod beneficio legis *Falc.* habere potuit hæres, arg. *d. l.* 10. (scil. tum temporis, quod *in pr. h. tit.* monuimus, Legem Falcidiam fideicommissis applicabant, ut adeo directe, non per *argum.* ut D. Wissenb. *lex* 10. probet hanc thesim) hoc inquam, emolumentum Quartæ ad hæredem hæredis pertinere, *manifestum est*, ait Imperator. Cum autem fideicommissa nostris temporibus omnia fere diem post obitum primi hæredis cedant, nihil est apertius, quam detractionem Quartæ non nisi ab hæredis hærede ut fiat, habere facultatem; nec aliter omni die videmus institui. Quæstio fuit haud dubie de fideicommisso puro, quod ab hærede vivo erat præstandum, ut rarius hodie, sed sit tamen aliquando; si tunc hæres gravatus omnia restituerit, an hæres ejus omissam detractionem facere possit, merito dubitetur. Dicendum, si primus hæres sciens, animoque remittendi Quartam, omnia restituerit, vel per juris errorem, non ignorans vires hæreditarias, omiserit detractionem, hæredem ejus nihil detrahere posse; contra, si primus errore facti, cum dodrantem sibi salvum putaret, omiserit Trebellianicam, hæredi secundo quominus eam detrahat, nihil obstare potest, secundum ea, quæ de Falcidia *suo loco* dicta sunt.

17. Porro imputatur in Quartam, quidquid hæres ex judicio defuncti percepit, *l.* 22. §. 2. *h. t.* sive legati, seu fideicommissi, sive conditionis implendæ gratia, contra quam in lege Falcidia, cujus Quartæ talia non imputantur, *l.* 91. *ad L. Falc.* forsitan, quia Falcidius in sua rogatione Quartam hæreditatis, diserte apud hæredem manere voluerat; JCtis autem, cum Falcidiæ sententiam ad fideicommissa producerent, satis visum, si tantum hæredibus adsererent, quantum ad Quartam quovis modo explendam confici posset, neque titulum hæreditatis nulla lege subnixi urgere poterant: quæ observatio semel introducta, etiam ubi satis firmata erat Pegasiano, videtur continuata; cui addendum, quod & alioqui liberalius cum hærede ratione legatariorum, quam cum fiduciario respectu fideicommissarii, soleat agi. Hæredi enim testator prolixius consultum videtur voluisse, quod ex disparitate honoris, quo utrosque affecit, satis colligitur: fideicommissario contra, favit præ fiduciario, quia hunc tantum ut instrumentum transferendæ in alterum hæreditatis adhibere voluit; Cæterum, quod fiduciarius implendæ conditionis causa accipit a cohæredibus, aut fidei-

com-

commissario, id videlicet imputat, non quod a legatariis, *d. l.* 91. & sic facile interpretabimur *l.* 30. §. 7. *eod. tit. ad L. Falcid.* de qua solicitus est D. Wiflenb. *ad hunc tit. th.* II. (2)

18. An quarta Trebelliana prohiberi possit, ancipitem quæstionem vocat Sandius *lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 5. sed communior sententia, quæ est affirmativa, tam generaliter est recepta, ut de ea in Foro amplius non disceptetur, ut scribit Stockmannus in *decis.* 40. Nec jure novissimo dubitandum esse, probat luculenter Anton. Merenda *lib.* 4. *contr. C.* 14. sed non æque prævaluit in Foro sententia, licet etiam communior teste Sandio *d. tit. def.* 9. quod tacita prohibitio sufficit. Rectius a Curia Suprema definitum, non sufficere ad prohibendam Quartæ detractionem, hujusmodi clausulam: *Quod non obtemperans Testamento privari debeat relicto*. Quæ sententia de Falcidia quidem agit, sed ab hac ad Trebellianicam plerumque recte argumentamur, & heic manifesto est eadem ratio, cum illa clausula sit generalis, & sine speciali Testatorum intentione sæpius a Tabellionibus adjiciatur. Quid si Testator fideicommisso posito, prohibuerit omnem alienationem *&* *diminutionem rerum fideicommisso subjectarum*. Ne id quidem sufficere, sed prohibitionem Trebellianicæ clare enunciandam, tradit Stockmannus *Decis. Brabant.* 41. *in fin.* Quod est concedendum, si verba eo modo concepta sint, ut alienatio & diminutio ad Tertium se referant. Nam si Testator ipsi restitutioni faciendæ immediate subjecerit, eam se velle *fieri sine ulla diminutione*, difficile dictu est, iis verbis prohibitionem Quartæ non significari, vocemque Trebellianicæ Quartæ præcise adhibendam esse, quod non putem.

19. Erronea est opinio, quod liberi fideicommisso gravati, duas Quartas detrahere possunt, tam Legitimam quam Trebellianicam, ut omnes fatentur, & nos demonstravimus ad *Inst. h. t. n.* 7. sed tamen hic error jus fecit per omnem Europam, excepta, quod mirum, Brabantia, licet minime tam rigide servet jus Romanum quam alii plures populi, qui in hunc Pontificium errorem concesserunt, teste Stockmanno *Decis. Brab.* 41. Hunc autem errorem Pragmatici cumularunt alio errore magis enormi, quod parentes ne prohibere quidem possint Trebellianicam supra & ultra Legitimam ex bonis capiendam, qui & in Curiam nostram invasit, etsi contra eum luculenter disputat Sandius *d. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 7. Postea tamen apud Nautam sic judicatum reperio. Parens fideicommisso liberis imposito subjecerat in fine testamenti, si quis eorum se ullo modo testamento opponeret, *eum nihil amplius habiturum, quam suam Legitimam*. His verbis Trebellianicæ Quartæ detractionem fuisse sublatam, ut Legitima sola contenti esse deberent, *pluralitate* suffragiorum, ait Nauta, placuit in causa *Jacobi Martini cum sociis, contra Kuirtje Thomas d.* 15. *Julii* 1637. etsi non deessent, ut idem refert, dissentientes. Forte respexerunt ad id, quod apud titulum de *Inoff. testam. n.* 16. *pag.* 243. *part. præced.* expositum est, Parentes hoc modo instituere posse, ut liberos onerent fideicommisso sine deductione præstando, vel si hoc admittere nolint, scribant eos hæredes ex Legitima. Quo facto omni querela liberis subtracta, vel fideicommisso sine detractione Quartæ, vel sola legitima debeant esse contenti. Hac alternativa admissa, sicut a JCtis nostri temporis admittitur, videmus apertam esse viam, qua sententia de duabus Quartis necessario relinquendis, a Parentibus eludi possit. Hoc enim jus non est mutatum, quod Parentes liberis suis amplius quam Legitimam titulo institutionis relinquere non cogantur. *l.* 8. §. 3. *de inoff. &* *l.* 30. *C. eod. Nov.* 115. *C.* 3. *in fin.* Quod

(2) *Verius est, nullam esse, quod ea quæ in utramque Quartam imputantur, differentiam, ita ut etiam in Quartam quæ ex fideicommisso retinetur, dumtaxat imputetur ea quæ hæres jure hæreditario cepit. Hoc ipsum probatur ex* l. 91. ad leg. Falcid. §. sed in fideicommissaria (*quæ verba non oppositive, sed conjunctive sunt accipienda, ita ut particula* sed *denotet* sed &) *in quo* §. *docet J. C. legatum vel fideicommissum datum heredi, in quartam ei imputari, pro ea parte scilicet quam a semetipso, id est jure hæreditario habet, non pro ea parte quam a cohærede accipit, retinet enim extra quartam id est. Pergit Marcianus:* sed etsi accepta pecunia hæreditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur. *Tum scilicet, quando non figura conditionis pecuniam accipere, nec demonstrata dantis persona, sed de sua pertinet jussus est, in quartam ei imputatur, quia ex bonis nummos illos retinere intelligitur.* l. 30. §. ad S. C. Trebell. *Addit Marcianus:* sed & quod implendæ conditionis causa fideicommissum hæredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est. *Quibus verbis docet, in quartam imputari* fideicommissum quod implendæ conditionis causa hæredi datur, *id est quod non figura conditionis accipere jussus est ab eo cui hæreditas debet restitui, quod etiam in quartam imputatur, quemadmodum si eo summa jussus esset hæreditatem vendere.* l. 30. §. 7. ad leg. Falcid. si quid vero implendæ conditionis causa hæres accipiat a legatariis, *id est si figura conditionis accipere jussus sit,* id in Falcidiæ computationem non prodesse, *sciendum est. Consule Clarissimi viri Gulielmi Maraei* tractatus duos ad l. 91. ad leg. Falcid.

Quod simpliciter facere licet Parentibus, cur idem per optionem alternativam non liceat, ratio non apparet, ut latius *in d. loco* demonstratum est.

Hic casus igitur communis est Falcidiæ & Trebellianæ. An & reliqui casus, quibus Falcidia cessat, Trebellianæ conveniunt? Videamus breviter; Respectu Testatoris est primo casus, quem *modo* dixi, prohibitionis. II. Si testator vivus hæredi Quartam, sive æquivalentem Quartæ summam prorogaverit, haud dubie cessat etiam Trebelliana, per *l. 56. §. ult. ad L. Falcid.* Denique in militari Testamento non est dubium, quin Trebellius æque taceat ac Falcidius, per *l. 7. C. ad L. Falcid.* Respectu Hæredis cessat Trebellianica perinde ac Falcidia, I. Si hæres sciens dodrantem non esse salvum, totam hæreditatem restituerit. *Nov. 1. c. 2.* II. Si id egerit, ut fideicommissum intercideret. *l. 59. in pr. ad L. Falcid.* An etiam III. si hæres non fecerit inventarium? Negavimus cum Gailio 2. *obs.* 138. multisque aliis, *ad Inst. de Hæred. qual. n. 5.* nec pauciores dissentiunt, novissime Stockmannus *Decisione Brabantina* 42. qui sic judicatum se vidisse testatur in fideicommisso conditionali, cujus dies post obitum primi hæredis cedebat. Mihi in talibus id maxime incommodum videtur, nec ita in animum inducunt hæredes fiduciarii nostrates aliive, ut quibus hæreditates alias opulentæ sub onere fideicommissi relictæ sunt, quo sibi de Quarta Trebellii prospiciant, opus esse putent inventarii beneficio, ut vix lites ea de re moveri contingat: Quod frequenter fieri oporteret, si juris ita esse crederetur, ut omisso Inventarii remedio Trebelliani beneficium amitteretur. Sed quæ ratio, *dices*, quod hac in re sola discrimen Falcidiæ & Trebellianicæ statuitur? Videtur esse præcipua, quod Legata hæreditatem minuunt & exhauriunt; Fideicommissum universale hæreditatem relinquit integram; præter quod pœnalis constitutio non recipit extensionem, per consequentiam & Lex Falcidia, quæ Legatorum dumtaxat, non meminit hæreditatis fideicommissariæ. *d. Nov. 1. C. 1.*

Modi, quibus respectu reali Falcidia cessat, an etiam Fideicommissariis hæreditatibus applicentur, videamus. De piis causis, quod attinet ad Legata, sequimur communem sententiam, cessare in iis Falcidiam, ex constitutione Justiniani in *Nov. 131. c. 12.* qua derogatum videtur *l. 1. §. 5. ad L. Falc.* quæ Falcidiam extendit ad Legata, quæ Deo relinquuntur. Exceptionem discrepantium, quod tantum cesset ubi mora facta est, refellimus e verbis *d. Nov.* apud *Inst. ad L. Falcid. n. 8.* Ex usu, ni fallor, eadem refellitur. Probo enim, quicunque negat legata solvere, eum Falcidiam amittere; quia moram negando committit: Hoc sufficit, opinor, ad usum hujus sententiæ, quæ non nisi contra negantes valet. Sandius igitur, qui dissentit, referens eos, qui moram committunt in solvendis Legatis ad pias causas relictis, in solidum a Curia condemnari, satis affirmat, omnes, qui solvere nolunt, condemnari. Quod quid est aliud quam dicere, Falcidiæ non esse locum? In eo tamen subsisto, cum jus novum stricte sit accipiendum, an quod de Legatis solummodo sanctum & ægre obtentum est *d. Nov.* 131. ad hæreditates fideicommissarias sit extendendum; quod magis videtur, *ne fiat*. Reliqui duo casus cessantis Falcidiæ, respectu rerum hæreditati subtractarum, & alienari prohibitarum, de quibus in *d. tit. n.* 8. cum ad res singulares pertineant, in fideicommissariis hæreditatibus ultro cessant.

DE FIDEICOMMISSO, QUOD INEST PROHIBITÆ ALIENATIONI.

XX. Prohibitam alienationem inesse fideicommisso de qua remissive, & observatio, clausulam prohibitæ alienationis subjectam fideicommisso, non facere novam ejus extensionem. XXI. Limitatio ejus sententiæ per exemplum rei judicatæ. XXII. Alia limitatio. XXIII. Prohibitam alienationem facere fideicommissum, nisi tantum sit nudum Præceptum. XXIV. Quibus inde detur actio. Et casus quibus illa prohibitio cesset. XXV. Denturne fideicommissi conventionalia. XXVI. Usus pœnæ, fideicommissis adjici solitæ, exemplo rei judicatæ declaratur.

EX eo quod bona fideicommisso subjecta, personis designatis restitui debent, intelligitur, ea non posse alienari, excepta Quarta & exceptis ejusmodi casibus, quos *infra* collocabimus; De ipsa alienatione prohibita, quatenus pendet a fideicommisso universali, diximus

mus *ad Inst. h. tit. n.*12. quæ non repetimus. Sed quod omisimus, supplendum. (e) Est inter ea frequentis usus observatio, quod Testatores ordinantes fideicommissa in gratiam certorum propinquorum, sæpe subjiciunt, *nolle sese, ut bona extra sanguinem alienentur*. Quando hæc verba junguntur immediate fideicommisso eique applicantur, non inferunt novum fideicommissum, sed tantum pro sanctione præcedentis fideicommissi habentur, ut in hoc exemplo; *Post mortem Titiæ omnes hi reditus, quos ei legavi, devolventur in ejus liberos ab uno in alium, & non ex meo sanguine, sive gradu*. Hæc ultima verba, *non ex meo sanguine*, obiter adjecta fideicommisso limitato, minime comparata sunt ad fideicommissum & prohibitam alienationem ulterius quam ad liberos Titiæ extendendum, ut recte judicatum apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 5. *def.* 4. Atque ita in similibus sæpe alias in Curia nostra judicatum, nisi forte a nonnullis hæc observatio nimis effuse accepta videatur. Etenim si Testatrix in illo casu amplioribus & prægnantioribus verbis usa fuisset in eum sensum, quod bona nunquam extra sanguinem suum alienari vellet, prohibitionem potuisse fieri perpetuam, monet Sandius, & res loquitur.

21. Hac de re, quia magnus est ejus usus, exemplum aliud subjiciam. Testatores conjuges, duobus liberis filio filiaque hæredibus institutis, ita caverant; *Si quis liberorum nostrorum, sine liberis moriatur, volumus Testatores ambo, ut tali casu bona nostra de uno ex liberis in alium, qui tunc erunt superstites, devolvantur, & hæreditario jure transferantur, atque ita consequenter in perpetuum*. Et mox: *ita, ut bona nostra ne devolvantur extra sanguinem nostrum aut lineam rectam, verum semper ad extremum usque in ea permaneant*. Ex filia Testatorum, nepote sine liberis mortuo, Pater ejus bona ab intestato sibi vindicabat, eo quod fideicommissum liberis tantum esset impositum, quorum appellatione vernacula nepotes in fideicommisso non contineri, obtinuit, ut Sandius tradit *d. tit.* 5. *def.* 10. nisi, ut idem addit, in diversum justæ adsint conjecturæ: Quales heic non tantum adesse, verum etiam directe fideicommissum videbatur esse perpetuum, in verbis, *de liberis in liberos, atque ita consequenter in perpetuum*; quæ verba si paulo imbecilliora ad fideicommissum perpetuum viderentur, sequenti enixa prohibitione alienationis in perpetuum, ad eam sententiam confirmabantur. Atque ita pro filia contra Patrem nepotis, etsi πληθυντικῶς, judicatum est. Enimvero quando Testator liberos suos onerat fideicommisso, prævaluit opinio, quod nepotes sub liberis non continenantur, etsi aliter sit in *l.*201. *de V.S.* nisi alia mens Testatoris e conjecturis, inquam, appareat; nec abs re videtur, ejusmodi conjecturam e subjecta prohibitione perpetua alienationis colligi posse: Nam etsi hæc novum fideicommissum, aut ejus extensionem non efficiat, quominus tamen conjecturam in casus dubii interpretatione adjicere possit, nihil obstare videtur.

22. Fortius aliquando adfirmandum est, quod subjiciam; Quando Testator post ordinationem fideicommissi, secundum certos gradus & personas, nova distinctaque periodo, in casum, quo in illis gradibus expressis fideicommissum non haberet usum, prohibuit alienationem in perpetuum extra suum sanguinem, tunc aliter judicari non potest, quam in illa prohibitione novum comprehendi fideicommissum; utique si verum est, quo nihil certius, Prohibitionem alienationis per se inferre fideicommissum, qua de re mox amplius. Et tamen hæc observatio, quod clausula prohibitæ alienationis, etsi perpetuæ, non extendatur ultra fideicomm. quod præcessit, tam indiscrete vulgo recepta est, ut etiam ejusmodi prohibitiones irritas fuisse habitas meminerim: sed exemplis, *ut nunc* est, supersedemus.

23. De prohibita alienatione sola nonnihil adhuc dicendum. Ex illa fideicommissum oriri tacitum, nota est doctrina, si modo constet, in quorum gratiam fiat prohibitio. Tunc enim hæres non potest non esse rogatus, ut iis, in quorum gratiam facta sit prohibitio, bona restituat. Quemadmodum hæc ipsa ratio docet, ubi non constet, in cujus gratiam facta est prohibitio, non esse in ea vim fideicommissi; sed nudum præceptum, quod quidem in se non foret spernendum, sed quia nemo ex illo neglecto actionem movere potest, hinc omni effectu caret. *Et hinc Divi Severus & Antoninus rescripserunt, eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a Testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum Præceptum reliquerint, quia talem legem testamento* non

(e) *Pos.* 24.

non possunt dicere. l. 114. §. 14. *de Legat.* 1. In his verbis duo requiri videntur, ut vel causa exprimatur, vel persona. Quid igitur, si causa exprimatur, neque de persona constet, an tunc effectum habet prohibitio? Si causa sit ejusmodi, ut inde sciri possit, in quem finem Testator res alienari prohibitas adhiberi velit, aut quibus inde personis sit aliquid tribuendum, potest effectum habere prohibitio; velut si dixerit, ideo se rem alienari nolle, quod splendori familiæ consultum velit, adeoque omnis prohibitio, ne res alienetur extra familiam, sufficit in eum finem; Si nihil a Testatore sit expressum, unde hoc intelligi possit, ex conjecturis suppleri non potest. Nam etsi vix unquam aliter Testatores ejusmodi prohibitiones committant, quam ut posteris suis consulant, Judex tamen aut Interpres hoc supplere non potest. Exemplum; Lucius Titius testamento suo cavit, ne ullo modo prædium suburbanum aut domum hæres alienaret, (nam hic articulus tam ad singulares res, quam ad hæreditates pertinet) Scripserat hæredem filiam suam, quæ decedens extraneos hæredes instituit. Julia, Lucii Titii Testatoris ex fratre proneptis, petit illa prædia, tanquam ex ejus familia proxima. Sed repulsam tulit, cum familiæ mentio non esset facta in his verbis, quæ nihil erant quam nudum præceptum. *l.* 93. *in. pr. de Legat.* 3. Neque tantum per successionem res eo casu libere ad extraneos transire potest; sed etiam per alienationem inter vivos: qua de re apponam hoc exemplum. *Eustachia ab Heemert, vidua Petri a Quarebbe Ultrajectini, scripserat hæredes liberos, testamento, quod erat conditum ult. Jul.* 1612 substitutis eorum descendentibus vulgariter. Addiderat hanc clausulam, ne scripti hæredis prædium Tjepmanum, in Frisiæ pago Roordahuisen situm, possent vendere, pignore vel alio quovis modo gravare, permutare, vel ullo modo alienare in totum vel pro parte. Sed velle se, ut illud prædium, si omnes ejus liberi sine descendentibus morerentur, perveniret ad matrem Testatricis; & post ejus obitum ad eos, qui sanguine proximi forent Testatrici. Filius deinde Testatricis perverse consulens, illud prædium cesserat creditoribus suis, a quibus ejus filius postea vindicabat illud prædium. Creditores fideicommissum extinctum esse contendebant, quia conditio, si *liberi sine descendentibus morerentur*, defecerat. Ipse enim petitor erat filius filii hæredis. Idcirco mater & reliqui de sanguine, manifesto erant exclusi. Filius etiam non erat vocatus, sed tantum positus in conditione, qua re non inferri fideicommissum, vera & communis est sententia, quam posuimus *ad tit. de Condit. Inst. num.* 7. Nihil igitur supererat, quam prohibitio de non alienando, quam Testatrix operose fecerat, haud dubie in gratiam proximiorum, maxime nepotum suorum, ac ut illis consuleret. Quia tamen in verbis Testamenti nemo vocatus extabat, judicatum est, Actorem non habere jus illud prædium vindicandi. *In causa Jacobi de Quarebbe cum soc. contra Johannem van Baren cum soc. ante ferias O. S.* 1631.

24. (f) Sic alioqui juris est, ut quocunque tempore res alienata sit extra familiam, si talis est prohibitio, proximus e familia jus habeat eam rem vindicandi, *l.* 69. §. 3. *de Legat.* 2. quemadmodum dicere occupavimus *ad fin. tit. I. Quib. al. lic.* ita ut sub prohibita alienatione comprehendantur omnia, quæ diximus *ad tit. ff. de Reb. eor. qui sub Tut. vel Cura*, certe etiam oppignoratio. Proinde possessor ejusmodi rerum, non potest eas pignori dare, nec Creditores eas hypothecaria, ne quidem contra tertium a familia alienum, persequi possunt, quia pignus est ipso jure nullum, adeoque nec quidem, dum vivit is qui rem ipsis obligavit, res illis est obnoxia, ut in Curia nostra judicatum inter *Gabium Reinsma contra Dirk Hotses, ante ferias Natal.* 1650. quod secus esse in rebus fideicommisso conditionali gravatis, dictum est alias ex *l.* 48. §. 1. *de jure Fisci.*

Proximo e familia datur actio, si quando res, inquam, extra familiam alienata sit; quamdiu enim manet in familia, licet ad remotiorem pervenerit, non datur actio. *l.* 67. §. 2. *de leg.* 2.

(g) Quod si res non simpliciter sint prohibitæ alienari extra familiam, sed etiam familiæ relictæ sint, non potest remotior proximo præferri; multo minus, si Testatori proximi diserte sint vocati, ut frequenter usu venit. Sand. *de prohib. rer. alien. P.* 3. *c.* 6. *n.* 29. *&* *c.* 5. *n.* 7.

(h) Propinquitas non ad ultimum possessorem, sed ad primum fideicommissi conditorem refertur, idque jure repræsentationis; at in simplici prohibitione, ne res vadat extra familiam, magis ultimi possessoris ratio habetur. Sand. *l.* 4. *tit.* 5. *def.* 2. 6. 7.

Quid si dictum simpliciter, *ut bona devolvantur identidem ad proximos*? Magis est, ut pro-

(f) *Pos.* 13. 14. *&* 11. (g) *Pos.* 15. (h) *Pos.* 17.

proximi respectu ultimi possessoris intelligantur, ut a Curia nostra judicatum in tali specie, referente Nauta. *Fideicommissum erat, ne bona venderentur, permutarentur, oppignorarentur, aut ad extraneos devolverentur, verum, ut semper manerent penes proximos. Souden altoos blyven en erven op de zibste en naest gereptigde Erfgenamen.* Duo hæredes, liberos habentes, de sua parte bonorum alienaverant extra familiam. Soror eorum illa bona vindicabat, cum esset proxima respectu Testatorum. Sed repulsam tulit, quia liberi alienantis, ipsi erant proximi, & sic potiore jure præditi; visumque proximis simpliciter vocatis, qui scilicet proximi quoque tempore futuri essent, nihil causæ esse, cur proximi ab hærede non intelligerentur potius, quam proximi a defuncto. In causa *Aldegondis a Solkama*, contra *Abrahamum a Solkama & Drem Bouricium, ut Curatorem Abrahami Hillema.*

(i) Si addatur, prohibitionem fieri ad tuendum nomen & honorem familiæ, mares preferuntur feminis; alioqui promiscue gradus spectantur. Sand. *ibid. cap.* 3 & *l.* 4. *Decis. t.* 5. *def.* 8.

(k) Placet ad detegendam hujus rei naturam adferre casus, quibus illa prohibitio cesset, quod alibi commode fieri non potest. Cessat prohibitio, 1. ratione formæ prohibendi, 2. Ratione causæ alienandi. 3. Ratione petitoris. 4. Ratione possidentis.

(l) Ratione formæ prohibendi. I. si nudum sit præceptum, ne res alienetur, sine mentione causæ vel personæ, cujus intuitu prohibitio fiat, *ut dictum l.* 114. §. 14. *de Legat.* 1. & *l.* 93. *in pr. de legat.* 3. II. Si prohibitio sit in gratiam certorum hominum, iique jam decesserint. *l.* 38. §. 2. & 5. *de legat.* 3. III. Si temporaria prohibitio sit, atque tempus sit elapsum. *arg.* §. 5. *I. Quib. mod. tut. fin.*

(m) Respectu causæ alienandi, cessat prohibitio, quatenus solvendum est æs alienum defuncti, a quo prohibitio facta est. *d. l.* 114. §. 14. per §. *ult. I. ad leg. Falcid. l.* 16. *C. eod.* & *l.* 1. *C. debit. vendit. pign.* II. Ob æs alienum possessoris, dum is vivat, & quatenus ille jus in ea re habeat, si aliunde non sit, unde solvi queat, per *l.* 69. §. 1. *de legat.* 2. III. Ob impensas in res alias, quoque prohibitas, necessario faciendas. *l.* 53. *de hæred. pet.* IV. Pro quantitate legitimæ, per *Nov.* 18. *c.* 1. & Trebellianicæ, de *qua inferius.* V. Propter dotes & alimenta liberorum. *Auth. res quæ C. comm. de legat.*

(n) Respectu petitoris; I. Quod indignus sit beneficio defuncti, qua de re *tit. ff. de his, quæ ut indig.* II. Quod ipse suam partem alienaverit. *l.* 11. *C. de fideic.* III. Quod consenserit alienationi. *d. l.* 11. & *l.* 120. §. 1. *de Legat.* 1. *l. pen.* §. 14. *de Legat.* 2. IV. Quod fideicommisso renunciaverit, per *l.* 29. *C. de pact.* V. Si hæres sit venditoris, aut ejus qui venditioni consensit. *l.* 149. *de R. J.* Adde Sand. *tract. de prohib. rer. alien. P.* 3. *c.* 8. *n.* 38. & *seqq.*

(o) Ratione possessoris, cessat effectus prohibitionis; I. si ipse ex eorum numero sit, in quorum gratiam prohibitio facta est. *l.* 38. §. 5. *de Legat.* 3. II. Si per annos 30 possederit, nam usucapio hic cessat, ut *alias* dictum, vid. eund. Sand. *d. cap.* 8. *n.* 50. & *seq.* & quæ nos diximus ad *Tit. D. quæ res oppign. sub fin.*

25. (p) Pactione successoria cohæredum, posse constitui fideicom. particulare, placuit Dd. contra juris rationem, ut probat Sand. *l.* 4. *t.* 5. *d.* 19. tametsi per modum actus inter vivos aliquid instar fideicommissi possit oriri, si mentio mortis facta sit, ut in *l.* 26. *pr. depos.* & *l.* 77. *de Legat.* 1.

Utcunque autem sustineatur ejusmodi pactio cohæredum, qua constituunt, ut aliquo sine liberis mortuo, quædam bona ad superstites devolvantur, in eo tamen discrimen est indubitatum, quod vera fideicommissa tribuunt actionem omnibus ad id vocatis; etsi non sint hæredes, *d. l.* 67. §. 2. & *l.* 69. §. 3. *de Legat.* 2. Cum pacta quasi fideicommissaria nullum jus rei imponere, sed hæredes tantum personali obligatione obstringere possint, ut demonstratum est *ad tit. Inst. Quib. alien. lic. vel non, sub fin.* Atque hoc discrimine constituto, nescio an id genus pacta magnopere a juris ratione abhorreant, *argum.* eorum, quæ de Servitutibus *alibi* dicta sunt: Jura prædiis imposita, quæ servitutes non sunt, valere tamen ut conventiones, & hæredes obligare, licet rem non afficiant. *l.* 13. *pr. Comm. præd.* Ubi ratio; *bona fides contractus legem servari exposcit.* Non minus bene convenit id genus pactionibus fideicommissariis.

26. Quamvis autem Fideicommissa contineant hodie necessitatem restituendi, quam Fiduciarius evitare non potest, ut *superius* intellectum est; certum tamen est, si Fiduciarius hæredi a se instituto fideicommissum restitu-

(i) *Pos.* 16. (k) *Pos.* 18. (l) *Pos.* 19. (m) *Pos.* 20. (n) *Pos.* 21. (o) *Pos.* 22. (p) *Pos.* 25.

stituere debeat, efficere eum posse, ne bona, quæ vi fideicommissi ad hæredem suum pertinebant, ab ipso percipiantur, sed alii, maxime usufructu tenus relinquantur, ut probatum est *ad tit. de Usuf. Legato.* Quod si hæredes tanti æstiment fideicommissum, ut hæreditatem repudiare malint, nihil eos impedire potest, quominus fideicommisso potiantur. Quin etiam quia Conditores fideicommissorum plerumque suis testamentis adjiciunt pœnas, sæpius adsequi possunt, ne repudiatio illis damnosa sit. Hanc rem quia valde juridici usus est, exemplo illustrabimus. *Lasius Jongama* Vir nobilis, prælegatum reliquerat filio suo majori natu *Duconi*, cum onere fideicommissi, *si sine liberis decederet*, in commodum fratris sui *Francisci*, Supremæ Curiæ Senatoris. Duco sine liberis mortem obiturus, uxori suæ *Sixtinæ a Camminga* relinquit inter alia usumfructum illius prædii, addens, se recte scire, per testamentum Patris hoc sibi non licere, verum tamen id se fratri hæredi a se instituto oneris imponere; cui si opponeret se, institutionem revocabat, uxore substituta. Franciscus usufructu prædii illius carere nolens, hæreditate fratris non adita, petit domum ex fideicommisso, eaque ipsi adjudicatur: Sed per reconventionem declaratur excidisse fratris hæreditate, eaque viduæ substitutæ permittitur. Sed in Testamento Parentis eorum, conditoris fideicommissi, inerat clausula pœnalis ordinaria; Si quis se Testamento opponeret, neque per omnia Testatoris voluntatem impleret, ipsius hæreditate caderet universa, eaque accresceret hæredibus obsequiosis. Hujus vi pœnæ, Franciscus petit a vidua fratris, bona ejus paterna, propterea quod hoc egisset, ut voluntatem Patris de prædio illo primario, subverteret ac eluderet. Ita damnum fraternæ hæreditatis erat exiguum. Sic relatum a Nauta *Decis. Ms.* VI. in causa *Francisci Jongama primi Supremæ Curiæ Senatoris, contra Sixtinam a Camminga, viduam Duconis a Jongama, Prætoris in Hennaerderadeel.*

TIT. II.

Quando dies Legatorum vel Fideicommissorum Cedat.

I. Quid sit diem cedere, & historia juris ejus. II. Exceptiones a regula diei a morte cedentis. III. Quando dies faciat conditionem, quando secus, exponitur. IV. Limitatur illa doctrina, & exemplis omnia illustrantur.

(a) Cedere, est alteri locum facere, & hinc *Cedere*, ad alium pertinere significat; Res cedit alterius commodo, & dies legati *cedit*, ut ad Legatarium pertineat, cum effectu transmissionis in hæredem. *l.* 3. *h.* Denique, si legatarius moriatur antequam dies cedat, Legatum manet penes hæredem, a quo erat præstandum; Si post diem cedentem moriatur, ad hæredem Legatarii transmittitur, ut demonstravimus *ad tit. Quando dies ususfr. leg. cedat.* Jure antiquo dies Legatorum cedebat in continenti a tempore mortis Testatoris, Ulpiano teste, *tit.* 24. §. *Legatorum.* 31. & Justiniano in *l. un.* §. 5. *C. de Cad. toll.* cujus juris vestigia sunt in *L. ult. de Donat. m. c. l.* 31. *de C. & D. l.* 3. §. *ult. & l.* 42. *de Hered. inst. l.* 42. §. 1. *de Bon. libert.* Augustus deinde Fisci augendi gratia, Lege Papia Poppæa diem cedere jussit ex apertis tabulis, quasi inconveniens esset, ut Legatario cederet jus, antequam sciret, proinde quæ Legata deficerent inter mortem testatoris & apertas tabulas, ea Fisco cederent, Ulpian. *d. loco*, & Justinian. *d. l. un.* §. 1. & §. 5. qui hoc jus novum fiscale *ibidem* abrogavit. Ut tamen in hoc titulo Paulum & Ulpianum, *l.* 1. & *l.* 5. §. 1. & passim qui inter Augustum & Justinianum vixere, videas ita tradentes, quod dies a morte testatoris cedat. Res jubet, ut hæc a Triboniano interpolata dicamus, ut cum Ulpianus scripsisset, *a die apertarum tabularum*, ille substituerit, *a die mortis ejus*, ut observat Wissenbach. noster *Emblem. Tribon. ad l.* 5. *h. t.* post Hotomannum 4. *Obs.* 9.

2. (b) Excipitur Legatum ususfructus, cujus dies cedit ab adita hæreditate, ejusque redidimus rationem *ad d. tit. Quando dies ususfr. leg. ced. n.* 2. Excipitur etiam Legatum Libertatis, *propter sui naturam*, inquit Justinianus, *quæ aditionem hæreditatis expectat. in d. l. un.* §. 6. Quid ita? Quia libertas in actu & exercitio consistit, cujus initium fieri nequit, nisi sit, qui patiatur usum & exercitium faciendi quod libet, inchoari. *arg. l. un.* §. 2. *d. tit.* Quan-

(a) *Pos.* 3. & 1. (b) *Pos.* 2.

Quando dies usufr. leg. ced. Legata quoque conditionalia non cedunt diem, nisi post conditionem existentem, etsi conditio sit potestativa, *l.* 5. §. 2. *h.* secus si conditio sit turpis, aut impossibilis, *d. l.* 5. §. 3. *&* 4. vel si per Legatarium non stat, quominus impleatur. §. 5. *d. l.* (1) Legata in diem certum relicta, pro puris hac parte habentur, *l.* 5. §. 1. *&* 2. *h. t.* etsi ante diem cum effectu peti non possint, hoc enim est, diem *venire* dici. *l.* 21. *h.*

3. Diem autem incertum pro conditione haberi, dictum est *alias*, qualis est, *cum hæres morietur*, *l.* 4. *pr.* cum *Legatarius erit annorum* 14. quia conditionem in se continet, *si Legatarius tam diu vivet*; etsi per Si non adjiciatur, *l.* 22. *h. t. &* *l.* 75. *de C. & D.* modo bene observetur, utrum tempus adjectum sit Legato vel fideicommisso, an petitioni aut præstationi. *l.* 26. §. 1. *h. l.* 5. *C. eod.*

Hanc distinctionem carpit ac emendatam vult Thomasius, *ad posit.* 19. *Inst. de Fideicomm. hæred.*

SCHOLIUM.

Termini paululum obscuri; nam & tempus solutionis præstandæ adjicitur fideicommisso. Potius ita dicerem; *Modo bene observetur, utrum tempus adjectum sit fideicommisso per modum diei, an conditionis.* Deinceps agit de sensu *l.* 46. ad SC. Trebell.

RESPONSIO facilis est. Scholiastes committit, opinor, ignorantiam elenchi, quam vocant. Quæstio dumtaxat est de tempore, quod se conditionis instar habere possit. Ergo manis distinctio fit, inter tempus habens se ut diem, vel ut conditionem; etsi id agendum, quomodo dies simplex, & dies habens conditionem, discerni queat: Si enim verba sic habeant, *De lego centum Titio, cum is annorum tot factus erit*, dies non cedit ante illos annos. Si hoc modo; *quæ centum accipiet, cum ad annos tot pervenerit*, dies ex continenti cedet. *l.* 5. *C. h. t.* Quemadmodum si dies conditionem in se nullam contineat, diem semper in continenti cedere, clarum, & dictum est ex *l.* 5. §. 1. *h. t.* Tantum autem abest, hanc distinctionem minus probandam esse, nihil ut ea frequentius ac utilius sit, Scriptum est ita, *Uxor hæres esto, post mortem uxoris meæ, fratris mei liberis mille ducatones do lego.* Moriuntur fratris liberi; hæredes eorum nihil petere possunt: si quidam ex illis moriantur, jus accrescendi pro superstitibus obtinet, ut sæpissime utrovis modo respondimus. Quod si ita; *uxor heres esto, Fratris mei liberis mille do lego, quos ante mortem uxoris peti nolo.* Si qui ante uxorem fratris liberi moriantur, horum hæredes partem defuncti capient, quia dies statim cessit, cum legatum sit purum, diesque petitioni dumtaxat adjecta sit. Quod Thomasius excipiebat, solutionem sive præstationem ipsi quoque Legato vel fideicommisso adjici posse, verum est: idcirco alterum distinctionis nostræ membrum, *quando dies petitioni, non ipsi legato adjicitur*, supponit duas positiones saltem implicite, *Do lego centum; quos accipiet, quos præstari volo, quando, &c.* Si vero uno verborum contextu, tempus recipiens interpretationem conditionalem, si adjectum ipsi Legato, non dubitamus, quin dies cedens sit demum post tempus elapsum. Exemplum; Testator uxori suæ bona quæsita tempore matrimonii legaverat, & post mortem uxoris ex iisdem acquæstibus Titiæ Fideicommissum *quadringentorum* reliquerat. Titia ante uxorem mortua, hæres ejus petebat quadringentos, Sed repulsus est, quia tempus *post mortem uxoris* ipsi fideicommisso adjectum erat, ut judicatum apud Curiam nostram, in causa *Alberti Gualteri, contra Trijntium Friesin.* 27. *Octobr.* 1637. referente Nauta *Decis. Ms.* 51.

N. ADDIT.

Hic I. Scholium nostrum integrum est ponendum, quoniam quæ in eo sequuntur, Auctor postea n. 4. carpere voluit. Ita vero continuaveram; Mens Javoleni in d. l. 46. *clara est. Saturninus instituit Maximum, ut Oceano*, cum ad annos sedecim pervenisset, *hæreditatem restitueret. Finge Oceanum perventurum esse ad annos sedecim Calendis Jan. anni* 87. *Oceanus moritur antequam annos sedecim impleret, & v. g. ann.* 82. *Quærebatur, an Maximus retinere possit hæreditatem, an eam Senecæ, heredē Oceani, restituere cogeretur? Respondet Javolenus pro Seneca*, quoniam, *dicit*, dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet, si prorogando tempus solutionis, tutelam magis hæredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur, *hoc est, idem in hoc casu præsumitur, ac si testator jussisset hæreditatem restituere* Calendis Januariis anni 87. *quod fideicommissum in diem est, cujus dies statim cedit post mortem testatoris: Sed quia tamen revera dies in verbis prolatis*, cum ad annos

(1) *Consuli hic meretur Josephus Averanius interpret. jur. lib. 4. cap. 1.*

nos sedecim pervenerit, *incertus sit ratione existentiæ, & adeo pro fideicommisso conditionali quoque, cujus dies cedit demum existente conditione, haberi possit, omnino intentio testatoris ex conjecturis aliis elicienda est. Quod vero Javolenus magis* pro die, *quam* conditione *definiverit, inde esse puto, quod testamento dictum fuerit, CUM; non,* SI ad annos sedecim pervenisset; *Uti enim particula Si, regulariter conditionem, ita CUM regulariter & principaliter diem denotat. vide Strauch.* Partic. Jur. voce, cum & si *II. Si Auctor pro distinctione sua declaranda allegasset* l. 5. C. h. t. *ut nunc in præcedentibus fecit, habuissem quæ ulterius opposuissem. Jam vero legem istam divinare non poteram. III. Quæ ad explicationem meam* d. l. 46. *excipit Auctor* n. 4. *minus accurata sunt, cum me non attente inspexisse legem arguit, quia* d. l. 46. *non commemoret particulam* Si. *Vellem scire qua attentione Auctor mea verba inspexerit, (Javolenum ita respondisse, quia in testamento particula CUM adhibita fuerit, non vero particula SI) Ego nusquam dixi, quod in* d. l. 46. *extet particula* Si. *IV. Jam quidem in responsione, ponendo casus satis perspicuo, mentem suam ab obscuritate liberavit Auctor, nondum vero probavit sententiam suam ex Arte Juris certam esse. Graves enim hic occurrunt & indissolubiles, ut mihi videtur, antinomiæ. Alii enim JCti amplexi sunt in his & similibus quæstionibus distinctionem Auctoris; alii contra distinctionem inter particulas* cum *& si, secundum quam exposui legem Javoleni. Attende Lector. Ita Ulpianus dicit* l. 49. pr. §. 1. & 2. de leg. 1. Si cui legetur, cum quatuordecim annorum erit, certo jure utimur, ut tunc sit quatuordecim annorum, cum impleverit, & ita Imperatorem decrevisse, Marcellus scripsit. Ergo cum esset sic relictum, cum ad quartum decimum annum pervenisset; annua, bima, trima die; & decem & septem annorum mortis tempore inveniatur; præsens legatum erit. Proinde si quindecim annorum, consequenter dicemus, post biennium deberi; si sedecim, post annum debetur; si menses desint ad septimum decimum annum, residuis mensibus debetur. Hæc ita, si putans minorem esse quatuordecim annorum, cum jam excessisset, sic legavit: si vero scit, triennium ad legati præstationem ex die testamenti facti numerabimus. Hoc autem legatum & conditionale est, & in diem. Conditionale tamdiu, quamdiu quartus decimus annus sit completus, postea in diem. *Hic Ulpianus rejicit distinctionem Javoleni inter particulam CUM & SI, & legatum conditionale etiam pronuntiat, ubi particula* cum *fuit adhibita. Rursus Javolenus alio loco in* l. 40. §. 2. de condit. & demonstr. Quidam Titio centum legaverat, deinde infra ita jusserat, quas pecunias cuique legavi, eas hæres meus, si mater mea moritur, dato. Mortuo patrefamilias Titius vixerat, & viva matrefamilias decesserat. Mortua matre, hæredibus Titii legatum deberi, Ofilius respondit, quoniam non sub conditione esset legatum, sed ante legatum pure, deinde dies solvendi adjecta videamus, (inquit Labeo (ne id falsum sit, quia nihil intersit utrum ita scribatur: Quas pecunias cuique legavi, eas hæres meus, si mater mea moritur, dato; an ita: nisi mater mea moritur, nec dato, utrobique enim sub conditione vel datum, vel ademptum esse legatum Labeonis responsum probo. *Hic Javolenus ex fundamento suæ distinctionis legatum conditionale dicit, quia videlicet particula* Si *fuit adhibita, & diserte cum Labeone distinctionem Auctoris ab aliis JCtis propositam, rejicit. Denique Imperator Alexander in* d. l. 5. C. quando dies legat. Ex his verbis, Do lego Æliæ Severinæ filiæ meæ, & Secundæ decem, quæ legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit: non conditio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimæ ætatis dilata videtur. Et ideo si Ælia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est, ad hæredem suum actionem transmisit, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vigesimum quintum annum ætatis implesset. Non cœptum enim annum, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, expectandum esse Jurisprudentibus placuit. *Hic quidem Imperator definit casum distinctione Auctoris adhibita; sed non rejicit distinctionem Javoleni, neque enim rejicere poterat, cum Javolenus in hoc casu idem respondisset, quia particula* cum *erat hic adhibita, adeoque etiam cum hic casus secundum utramque JCtorum olim dissentientium distinctionem, eandem decisionem admittat, non dicere etiam poteris, quod Javoleni sententia in Pandectis relata, per legem hanc Codicis abrogetur. Ergo apparet, sententiam Auctoris nondum ita certam esse, ut arbitratur, sed fluctuat adhuc inter antinomias. Scio equidem, quod Dd. sudent in conciliandis* hisce

hisce contradictionibus, vide Eckolt ad ff. tit. quando dies legat & Wissenbad d.l. 5. Cod. *Sed mihi tamen, quæcunque distinctiones afferant, certum est, eas non quadrare ad has tres leges in harmoniam redigendas.*

4. Proinde standum videtur hac regula: Quando tempus adjectum est ipsi Fideicommisso recta positione, dies cedit demum post tempus: Sed quando Legatum per se consistit, & dies petitioni vel præstationi adhibetur, etsi dies incertus sit, tamen in continenti cedit: sub exceptione, nisi aliud suadeant conjecturæ prægnantes; qualis est, si Pater extraneum hæredem fiduciarium instituerit, eumque rogaverit, *ut filio suo cum ad annos tot pervenisset, hæreditatem restitueret*, qualis species est *in d l. 46. ad SC. Trebell.* ubi Sejus Saturninus, archicubernus classis Britannicæ, Valerium Maximum trierarchum hæredem instituit, a quo petiit Testator, ut filio suo Sejo Oceano, cum ad annos XVI. pervenisset, hæreditatem restitueret. Mens Saturnini Patris hæc fuisse videtur, ut Valerius Maximus bona tanquam Tutor filio custodiret usque ad annum XVI, non ut hæres statim cum effectu esset, & filius demum in diem incertum, ac ita sub conditione; idque conjectura paternæ pietatis, nisi aliter e verbis testamenti colligi posset, ut Javolenus *in fin. d. l. 46.* indicat: Consequenter ut hæreditas Saturnini ne maneret penes Maximum trierarchum, sed transiret ad hæredes Oceani ub intestato. Thomasius *ad d. posit. nostram 19. de fideicommiss hæred.* Quod *autem Javolenus*, inquit, *magis pro die quam conditione definiverit, inde esse puto, quod in testamento dictum fuerit* CUM *non* SI *ad annos sedecim pervenisset. Utenim particula* SI *regulariter conditionem, ita* CUM *regulariter & principaliter diem denotat.* Minus attente Scholiastes, *ibi*; Nam *d. lex 46.* non commemorat particulam SI in testamento fuisse; his Τὸ CUM exprimit, nec aliter usquam; Rationem duntaxat, quod Tutor potius ut cutos, quam hæres considerandus sit, per SI, adjicit; ut significet, rem aliter se habere posse, si diserte Testator extraneum tantisper hæredem verum esse voluerit. (1)

Pot est etiam e verbis testamenti conjectura in eam partem colligi, quomodo in hac specie existimavi. Sempronia instituerat hæredes pauperes, sive diaconos Ecclesiæ Franekeranæ, sed Legatis pluribus suos propinquos adsperserat, omnibus puris; Unum ita reliquerat: *Itiæ Stephani filiæ, degenti Maccumii, do lego florenos tot, cum erit annos nata viginti quinque, & hæres meus scriptus pecuniam legatam tam diu custodiet, donec, ut dictum, nata erit annos XXV.* Itia Stephani filia mortua est, cum explesset annos viginti quatuor & sex menses, adeoque *priusquam præfinitum tempus ætatis impleret.* Respondi, diem Legati, viva Itia cessisse; quia prorogando tempus solutionis, *Custodiam* magis hæredi permisisset, quam incertum diem Legato adjecisse videretur, ac ita Legatum ab hæredibus legitimis Itiæ Stephani filiæ, recte peti. Res accidit mense *Majo* 1689. Sic regulæ juris circa voluntates hominum, infinitæ varietatis capaces, difficulter ita, ut nulli exceptioni sint obnoxiæ, componi possunt.

TIT.

(1) *Cur ergo in l. 49. pr. §. 1. 2. & 3. de legat. 2. legatum est conditionale ex sententia Ulpiani? Etenim est eadem fere species qualis proponitur in* l. 46. ad S. C. Trebell., *nam, ut Ulpianus proponit, pater legaverat filio* CUM ad quartum decimum annum pervenisset. *Puteus differentiam in eo latere, quod in specie.* l. 49. de leg. 2. *testator duplicem diem adjecerit, unum certum, his verbis:* annua, bima, trima die, *alterum incertum, his verbis:* cum ad quartum decimum annum pervenisset: *Diem certum adjecit solutioni, adeoque probabile est quod diem incertum voluerit adjicere dispositioni sive ipsi legato: at in* l. 46. ad S. C. Trebell. *testator unicum diem adjecit, quem ex conjectura pietatis non ipsi fideicommisso, sed solutioni duntaxat adjectum esse Javolenus docet.*

TIT. III.

Ut Legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.

I. Qualis hæc sit cautio. II. A quibus præstetur. III. Quando præstetur. IV. Aliquando etiam in hæreditate fideicommissaria locum ei esse. V. Casus, quibus cessat hæc cautio.

(a) HÆres cavere debet datis fidejussoribus, * se legata præstiturum, ubi dies adjecta venerit, & conditio exstiterit, *l.* 1. *& pass. h. t.* qualis cautio in omnibus b. f. judiciis, ex causa exigi potest, *l.* 41. *de jud.* quin & in puris legatis, si qua mora interveniat, sæpe præstatur. *l.* 15. *pr. h.*

2. (b) Debet ab omnibus præstari hæredibus, etsi locupletissimis. *l.* 1. §. 1. *h.* Pater tamen filio non nisi per hypothecam cavet, *l.* 7. *h. t.* quæ lenior est quam satisdatio per fidejussorem. *l.* 17. §. *ult. de Test. tut.* ** junct. *l. pen* §. 1. *de Pign.*

3 (c) Præstatur ante litem contest. quia prætoria est, *l.* 1. §. 9. *h.* cui non obst. *l.* 5. §. 1. *h.* quæ de judicio appellationis loquitur, hoc sensu; In prima instantia fuit omissa cautio, quæritur, an in judicio appellationis exigi possit. Ratio dubitandi, quia litis contestatione simpliciter facta, huic cautioni renunciatum videtur. *l.* 1. §. 9. *h.* Sed verum est tamen in judicio appellationis, post sententiam, recte peti cautionem, perinde *ac ante sententiam* peti potuisset; scilicet, ante litem contestatam.

4. Agitur passim de legatis & fideicommissis singularibus. An eadem cavendi necessitas non habet locum in hæreditate fideicommissaria? Non est dubium. *l.* 14. *in pr. h. t.* Paulus 1. *sent.* 11. *pr. ubi* Cujacius. Atque in his longe majorem habet usum, quam in rebus certis.

5. Sunt casus quibus hæc cautio cessat. 1. Is quem diximus, Si quis omissa cautione litem contestatus sit. 2. Si Testator eam exigi prohibuerit. *l.* 1. *tit. sequ.* 3. Si ab ipso Legatario remissa sit. *l.* 46. *de Pact.* 4. Si Fiscus aut Respubl. sit hæres, & rogati sint, res certas vel *hæreditatem restituere. l.* 1. §. 18. *& l.* 6. §. 1. *h.*

Cessat 5. in fideicommisso, quo Parentes suos liberos reciproce jusserunt bona restituere superstitibus, si quis eorum sine liberis decesserit, aut etiam nepotibus testatorum; exceptis duobus casibus, si jusserit caveri, vel si parens conditor fideicommissi ad secundas nuptias transierit. *l.* 6. §. 1. *C. ad Senatusc. Trebell.*

TIT. IV.

Ut in possessionem Legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat.

I. Missionem hanc esse in omnia bona, non obst. N. 53. *II. Quid hæc possessio tribuat. Quid juris si non caveatur. III. Usus tituli.*

(a) SI non caveatur, quod his diebus usu venit frequentissime, quid fiat, quæritur. Prætor mittit legatarium vel fideicommissarium in possessionem omnium rerum hæreditariarum, quamvis minima res legata, vel per fideicommissum relicta sit, *l.* 13. *h. t.* cui non obstat. *Nov.* 53. *c.* 4. ubi missio in possessionem fieri dicitur, πρὸς τὸ μέτρον τοῦ διαφα-

* Quid si fidejussoribus non idoneis cautum est, an rursus cavendum petente legatario? Hoc fere facilitati impedimentum feret, nisi plane nova, id est post cautionem nata causa allegetur. *l.* 3. §. 3. *l.* 4. *Ut in possessionem legat. vel fideicomm. servand.*

** Est in *l.* 17. de contumelia satisdationis, cujus ratio hic inprimis est evidens, durum videri patrem adigi, ut impleret alienam fidem, quam apud filium haud invenire potest.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. *&* 3.

φαινομένου χρέους, *secundum mensuram liquidi debiti*. Nec enim agitur ibi de hac missione, sed de ea, quæ fit in res eorum, qui se judicio sistere nolunt; præter quod ea verba non tam ad factum missionis in possessionem, quam ad ejus effectum & ad distractionem referenda sunt, quo sensu ne hæc quidem missio debitæ rei modum egredi potest. Adde Pacium. *Iseg h. t.*

2. (b) Qui missus est in possessionem, solus non possidet; sed pati debet hæredem colere agros & fructus redigere, quod si is negligat, missus in possessionem custodire debet, ut neque depereant, neque deteriores fiant, *l.* 5. §. 22. verum si fideicommissarius, cui non cavetur ab hærede, caveat ipse pro conservatione bonorum, possessio ad illum solum transfertur, ex rescripto Marci Cæsaris in *l.* 5. §. 1. *tit. præced.* Cæterum, si nec ille cavere queat, *tum vel res deponendæ, vel jurisdictio restituenda erit*. *d. l.* 5. §. 1. *in fin.* Quid hæc alternativa sibi vult? Sic est; Deponenda *apud virum bonum, ab utraque parte eligendum, qui utiles actiones exerceat*, ut paulo ante Papinianus exposuit in *d.* §. 1. vel si de eo conveniri nequeat, redeundum erit ad hoc, quod Prætor in Edicto de missione in possessionem decernit, quod est genus quoddam possessionis quasi per societatem, idque volunt verba, *restituenda jurisdictio*. Cujac. *ad* 1. *Paul. sent. c.* 11. *a pr.*

3. Hunc titulum non esse in usu hodierno, volunt juris abrogati, vel potius abrogandi, ut ipsis videtur, auctores Autumnus & Groenewegius, *hic*. Prior idem de *præced. tit.* adfirmat. Sed *hoc*, ait *ibi* Groeneweg. *de moribus nostris temerarium foret adfirmare*. Forte an nec de præsenti titulo adsentiri liceat. Quanquam modus ille possidendi per custodiam parum usitatus esse videtur; sed rescriptum Marci, ut fideicommissarius possessionem consequi possit, si caveat, vel, si non caveat, ut res tertio committantur, admodum civile, atque ad usum est idoneum, dignissimæque observationis, eo magis, quia nimus ad ejus sententiam vulgo attendi videmus.

(b) *Pos.* 2.

IN-

INCIPIT PANDECTARUM
PARS VI.
LIB. XXXVII. TIT. I.

De bonorum Possessionibus.

I. Continuatio. II. Definitio B. Poss. & ejus exegesis. III. Divisiones.

(a) F Aciendum est, ut oculos pauliper retro vertamus, quo methodi rationem consideremus. In libro quinto Judicia sive actiones divisæ sunt, quod sint in rem vel in personam. Actiones in rem sunt Universales, vel singulares. Universales, Hæreditatis petitio & Querela Inofficiosi. Hæreditatis petitio est vel civilis, vel Prætoria. Quas cum exposuisset Digestor, transiit ad res singulas. Sed principia sive fontes actionum in rem non exposuit; postquam ad actiones in personam e contractibus transiit, fontes eorum, hoc est ipsos contractus, pariter enarravit. Cur tam varie in Pandectis, aut in Edicto perpetuo, difficile dictu est: nisi quod actus inter vivos præcedant naturaliter ultimas voluntates. Expositis omnibus inter vivos actibus, exceptis verborum obligationibus, quæ omnium rerum accessiones erant, hisque absolutis, ingentem Successionum materiam, qua tractatus actionum præcedentium enormiter interruptus fuisset, in *lib.* 28. aggressus est: tam quod ad hæreditates, quam legata. Et quidem usque Librum XXXVI. de successione civili actum, quibus fideicommissa subjunguntur. Hanc Prætoria Successio, quæ nihil est aliud quam bonorum possessio, sequitur; quemadmodum *lib.* 5. hæreditatis petitio possessoria civilem quoque secuta fuit.

2. (b) Definitur Bonorum Possessio, quod sit jus persequendi retinendique patrimonii (sive rei) quod cujusque cum moritur fuit. *l.* 3. §. 2. *h.* Ex eo quod dicitur *Jus persequendi*, satis intelligitur, possessionem heic longe aliter accipi, quam infra *tit. de Acquir. poss.* Nam illic possessio nihil est aliud quam detentio; at heic etiam qui res non detinet, æque habet bonorum possessionem, ac is qui rebus incumbit. Adeoque in effectu nihil est bonorum possessio, quam hæreditas prætoria. *l.* 1. & 2. *h. l.* 119. & 138. *de V. S.* Quæ res comparata cum definitione Bonorum possessionis heic tradita, confirmat evidentissime sententiam a nobis expositam *ad tit. Inst. de Reb. corpor. & incorp. n.* 3. super explicatione & intellectu Hæreditatis, quatenus hæc a rebus hæreditariis distinguatur. Non sine emphasi dictum est in definitione, *patrimonii, sive rei.* Patrimonium significat universas res, quomodo agitur adversus eum, qui bona cuncta tenet; Rei vox certorum bonorum, licet minimæ rei, detentorem significat, adversus quem datur etiam possessoria hæreditatis petitio. *l.* 9. & *sequ. de hered. pet.* junct. *l.* 2. *de poss. hered. pet.* Clarius bonorum possessionem ab hæreditate, hac definitione discernere possis, his aut similibus verbis additis; *Edicto Prætoris, supplendi juris civilis causa introductum*. Hic enim est scopus, ut ubi Lex civilis non dat successionem, Prætor eam ex æquitate suppleat, in gratiam illorum, qui licet sanguine propinqui, ab Lege XII. tabb. negligebantur. in *fin. pr. Inst. h. t.* Eorum, inquam, gratia, qui Jure civili erant neglecti; nam quibus Lex prohibebat successionem, his nec Prætor, qui minister legis est, eam decernere poterat. *l.* 12. §. 1. *h. t.*

3. (c) Di-

(a) *Pos.* 1. 2. & 3. (b) *Pos.* 4. & *segq.*

3. (c) Dividitur bonorum possessio in Edictalem & Decretalem. Illa, quæ ex edicto certis personis de plano datur. Decretalis non tribuit plenum jus, sed est tantum provisionalis, ut ita loquar, qualis Carboniana bonorum possessio, de qua *infra*. Decretales sunt utique etiam ex Edicto, *l.* 2 *& l.* 4. *de Carbon. Ed.* sed insuper causæ cognitionem requirunt. *l.* 3. §. 4. *&* 8. *h. t.* Edictalis tribuit quidem plenum jus, sed sub conditione, si non alius potiori jure supervenerit, quo casu bon. possessio fit sine re & sine effectu, nisi tempus elapsum sit, intra quod bonorum possessio agnosci debet. *d. l.* 3. §. 4. *l.* 2. *pr. de bon. poss. sec. tabb.* Dividuntur etiam bon. possessiones, in ordinarias & extraordinarias. Hæ bifariam explicantur. Primo ordinaria est, quæ ex Edicto venit; extraordinaria, quæ ex novis Legibus, prout quæque res incidit, extra ordinem datur. §. 3. *&* 4. *vers. septima. Inst. h. t.* Rursus ordinaria est, quæ aliter Edictalis, extraordinaria, quæ fit cum causæ cognitione. *l.* 3. §. *ult. de Carbon. Ed. l.* 5. §. 3. *de Legat. præst. l.* 1. §. 4. *Unde Liberi.* Pleræque sequentibus titulis expositæ, sunt Edictales. D. Wissenbach. *ad h. t. th.* 5.

SCHOLIUM.

Ergo Extraordinaria in hoc posteriori significatu, & Decretalis, sunt synonyma; (ut in posit. 11.) *sed in priori significatu est subspecies Edictalis*. vid. ad Inst. h. t.

TIT. II.

Si tabulæ testamenti extabunt.

(a) EDictalis sive ordinaria bon. possessio. datur vel testato, quando testamentum jure conditum est, vel ab intestato, quando nullum testamentum jure factum extat.

2. (b) Ad eas, quæ testamento condito dantur, requiritur præcise, ut tabulæ tempore mortis extiterint, *l. un. h.* unde ad nuncupativa testamenta non pertinent hæ bon. possessiones, proprie & instituto primævo, sed tamen postea ad illas quoque translatæ sunt. *l.* 8. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* Cæterum, quæ testato dantur, sunt vel contra, vel secundum *Tabulas*, ut *infra*.

TIT. III.

De Bon. poss. furioso, infanti, &c.

(a) QUi sub Curatoribus sunt, petunt per hos bon. possessionem, sic tamen, ut eorum negligentia non præjudicet infantibus, furiosis &c. licet aliter sit scriptum in *l.* 7. §. *ult. de bon. poss.* si modo recte ibi sit scriptum, vel nisi de præjudicio tutoris aut patris hoc tantum intelligatur. D. Wissenbachius *ad tit. præced. th.* 7.

TIT. IV.

De bon. poss. contra tabb.

(a) COntra tabulas Bon. possessio proprie datur liberis emancipatis præteritis, *l.* 1. §. 6. sed usus ejus more fori Rom. extenditur ad Suos. *l.* 12. §. 1. *h.* quin & interdum ad institutos: nempe, si unus liberorum sit præteritus. *l.* 3. §. 11. *& l.* 10. §. *ult. h.*

2. (b) Est quidem ipso jure nullum id testamentum, in quo filiusfam. est præteritus, *l.* 1. *de injust. rupt. testam.* sed a Prætore nullitas illa non attenditur, quominus tabulas hactenus agnoscat, ut adversus eas det bonorum possessionem contra tabulas. §. 12. *Inst. de hæred. quæ ab intest.* Vigl. *in pr. Inst. de liber. hæred. instit. n.* 4.

TIT. V.

De Legatis præstandis contra Tab. Bon. possessione petita.

(a) LEgata tamen per hanc possessionem evertuntur, exceptis iis, quæ debentur parentibus & liberis, item uxoris & nurui dotis nomine, *l.* 1. *h. t. l.* 1. *C. de bon. poss. cont. tab.* fratres & sorores hic non continentur. *l.* 3. §. 1. *h.* Suus tamen præteritus hoc utens remedio

(c) *Pos.* 10. *& seqq.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1.

medio, nulla legata præstat, quia Prætor applicando ei suum remedium, conditionem ejus deteriorem facere non vult, quam jure civili erat futura. *l.* 15. *pr. h.*

(b) 2. Cum autem bonorum possessio contra tabulas, ne jure quidem novo sit abrogata, sed emancipatis præteritis nec hodie aliud remedium detur, sequitur, huic titulo adhuc usum manere suum. *Pac. h.* Dissent. Thomasius.

SCHOLIUM.

Cur non detur aliud remedium? Sive enim Auctoris hypothesin foveas, dabitur querela inofficiosi, sive nostram, erit remedium nullitatis, per ea, quæ sæpius supr. ad tit. Inst. de exhæred. lib. tit. ff. de lib. & post. tit. inst. de inoff. test.

RESPONSIO.

Imo vero demonstratum est sæpius a nobis prædictis locis, discrimen inter suos & emancipatos, quod attinet ad successionem testamentariam. Demonstratum quoque, Novellam CXV. agere de Querela inofficiosi Testamenti, quæ datur exhæredatis & præteritis, qui pro exhæredatis habentur: quales non sunt filii præteritis a patre nec sui nec emancipati. Plane que ita dicendum sit, ut Præteritis Suis datur Querela nullitatis, non testamenti inofficiosi, ita emancipatis non dari aliud remedium quam vetus prætorium, quod est bonorum possessio contra tabulas. Etsi moribus hodiernis verum est, Bonorum possessionis Prætoriæ nullum a civilibus remediis usum superesse diversum, quemadmodum ad Tit. de liber. & posth. hær. inst. vel exh. *demonstravimus.*

N. ADDIT.

Omisit Auctor scholium præcedens, ex quo sensum capit scholium hic impressum. Ad id enim, quod dixerat Auctor, emancipatis præteritis hodie non dari aliud remedium, addideram, imo dari aliud per Nov. 115. *ubi expresse dicitur, quod jure novo nec liceat emancipatos præterire aut exhæredare, sine appositione alicujus ex causis ibi recensitis. Jam ad ea, quæ Auctor hic respondet, facile excipi potest, quod etsi jam a doctrina sua de querela inofficiosi, tum acriter superius citatis locis defensa, quoad suos præteritos recedat, tamen falsum sit, quod asserit, emancipatis præteritis non dari aliud remedium quam vetus prætorium. Cur enim non daretur etiam* ex d. Nov. 115. *querela nullitatis?*

TIT. VI.

De Collatione.

I. Continuatio, & definitio Collationis. II. Ratio conferendi jure antiquo. III. Jure recentiori, post adventitia paternæ adquisitioni subtracta, nihil conferri, quam quod e substantia parentis profectum est. IV. Exceptiones ab ista regula. V. A quibus fiat collatio. VI. Quomodo fiat. VII. An & quando invitus cogi possit ad conferendum.

Si quis historiæ juris antiqui ignarus, & usus practici, quem habet hæc Rubrica, conscius, hanc inscriptionem videat inter capita juris antiquata, solo quasi loco destitutam, miretur qui factum sit merito, ut non potius de Collatione apud titulum de Familia erciscunda, vel post doctrinam de Adquirenda Hæreditate sit actum, quam medio inter bonorum possessiones loco. Hujus rei ratio cum sit historica, doctrinam Tituli, secundum ordinem temporis exponemus, præmissa definitione; quæ sic est nobis. (a) COLLATIO est, *Qua liberi a parentibus vivis segregati, in divisione hereditatis communicant cum cæteris bona, quæ alioqui parentum fuissent.* Segregatio fit vel emancipationem, vel sine ea, per separatam habitationem, aut negotiationem, quotiescunque liberi separatas a Parentibus rationes habere cœperunt.

2. (b) Consideremus primo emancipationem. Pone exemplum juris antiqui; Pater habens tres liberos, unum ex illis emancipavit. Omnes interim aucti sunt hæreditatibus aliisve lucris notabilibus. Liberi in potestate retenti omnia Patribus adquisiverunt; Emancipati cuncta sibi, ut notum ex *tit. Inst. Per quas personas cuique adquir.* Proinde emancipati partem ferebant eorum, quæ Sui parentibus adquisiverant, Sui nihil de his, quæ adquisita fuerant ab emancipatis. Hoc erat iniquum; Ait igitur Prætor, *Si velitis esse participes omnium bonorum paternorum, ut per Edictum meum*

(b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 2. (b) *Pos.* 1.

meum vobis licet, conferte in medium, quæ a vobis interim quæsita sunt, & quæ Patrum fuissent, si in potestate mansissetis; nihil est æquius, ut liquet. Hoc autem ad emancipatos cum suis comparatos pertinet, non ad Suos, nec ad emancipatos inter sese, ut apparet. *l.* 1. §. 24. *h. t.* Bona castrensia & quasi-castrensia quoque non conferebantur, quia Patri adquisita non fuissent, etsi maxime liberi in potestate mansissent. *l.* 52. §. 8. *Pro soc. l. ult. C. h. t. arg. l.* 1. §. 19. *in fin. h. t.* Nec ea bona, quæ post mortem Patris demum adquisita sunt, ut Legata liberis a parentibus relicta, vel ab extraneis, qui Parentes hæredes institutos jusserunt filiis præstare fideicommissum post mortem vel cum morientur; quia cum ipsi hoc tum præstare debeant, non est id, sub tempus mortis, ipsorum. *d. l.* 1. §. 19. Si vero aliter filio Legatum relinquatur, cum Pater morietur, hoc venit in Collationem, quia cum moritur Pater, ipse hoc per filium adquirit, *d. l.* 1. §. 18. quatenus moriendi momentum vitæ tribuitur. *l.* 18. §. 1. *de Manumiss. testam.*

3. (c) Hactenus jure veteri, quo non tantum profecta ex rebus Paternis, sed & adventitia Patris erant propria, si liberi in potestate manerent; quæ proinde ab emancipatis conferebantur. Postquam adventitia bona paternæ adquisitioni subtracta sunt, quod intelleximus e §. 1. *Inst. per quas person. cuique adquir.* consequens fuit, eadem amplius non conferri ab emancipatis; quoniam ex illis nulla contra Suos, qui nec ipsi adventitia Patribus adquirunt, oritur inæqualitas. *l. ult. C. h. t.* Tu dices; Sui tamen præstant usumfructum Patribus suis; hunc vero emancipati retinuerunt. An igitur usumfructum emancipati conferunt, vel si non conferant, an inde non oritur inæqualitas: conferri nusquam legitur usufructus; ideoque cum alimentis, quæ Liberi a patre non segregati percepere, secus ac emancipati, compensatur, & si forte reditus longe pluris sint quam alimenta, cum res & aliter se habere possit, hæc inæqualitas ad hypothesin redigi non potest: Vinn. *de Coll. c* 11. *in fin.* Christin. *vol. Dec.* 178. *n.* 1. Quin eo res tandem redacta est, ut nihil conferatur, quam quod e substantia Parentis, cui succeditur, est profectum. *l.* 17. *C. h. t.* Hoc enim solum facit inæqualitatem, si non redeat in sinum hæreditatis. Unde statuendum videtur, ne profectitia quidem in omni sua latitudine conferri. Nam quidquid occasione peculii profectitii adquiritur, etsi bona fortuna industriaque filii sit auctum, id est profectitium; etsi totum perierit & rursus multo sit auctius, id tamen est peculium, quod eo quoque tempore existit. §. 1. *d. tit. Inst. l.* 32. §. 1. *de Pecul.* Atqui in collationem venit id tantum, quod e paterna substantia ipso actu profectum est, *d. l.* 17. *C. h. t.* Proinde ne pro parte quidem, dimidia conferendum videtur, etsi ita voluerit Bartolus in *l.* 6. *C. de Bon. quæ lib.* quem sequitur Fachin. 5. *controv.* 83. Bachov. *ad Æsp. Tr. de collat. th.* 6. Vinnius *tract. de Collat. c.* 14. *a pr.* Non utemur rationibus, quas Vinnius vocat ineptas *d. cap. n.* 3. sed hac sola, quod ratio, quæ vult totum vel partem lucri e profectitio peculio quæsiti conferendam, parit inæqualitatem inter liberos, qua nihil collationi magis adversum est. Filius industrius de suo labore conferet in desidem; emancipatus de lucro eorum, quæ ipse a parentibus accepit, nihil conferet; quia nihil inde Patri quæritur. Et tamen lucra ex labore Suorum participabit? hæc iniqua & a præsumpta Patris voluntate, ideoque etiam a conferendi jure aliena sunt. Nec dubium esse putem, quin ita moribus servetur, ut tantum liberi, seu Sui sive emancipati, conferant, *quod de substantia patris ad singulos profectum & erogatum est*: secundum sententiam Imolæ & Alexandri, quos refert & sequitur Nemauf. *Quæst.* 21.

4. (d) Neque tamen hæc ipsa regula caret exceptionibus: I. Quod liberis est prælegatum ab ipsis parentibus, id non confertur, ut demonstratum est ex *l.* 1. §. 7. & 19. *h. t.* II. Donatio simplex a parente facta liberis, quia tam pater, quam mater, aliique adscendentes, aliquid uni e liberis *absolute* donantes; satis indicant, id se nolle conferri, quia tum non esset donatio vel liberalitas adversus illos solos quibus donarunt. *l.* 18. *C. Famil. ercisc.* Excipitur casus non infrequens, si Parentes quibusdam e liberis donationem propter nuptias vel dotem dederint, uni vero, qui se a Parentibus non segregaverit, tantumdem fere donaverint simpliciter, cum reliqui dotes suas donationesque propter nuptias deinde conferunt, æquitatis ratio dictat, hanc quoque simplicem donationem, quæ ad æquandam ejus rationem cum cæteris liberis est facta, conferri debere, *l. pen.* §. 1. *C. h. t.* quæ exceptio firmat

(c) *Pos.* 3. & 4. (d) *Pos.* 6. & 7.

mat Regulam in cæteris. Huic tamen thesi graviter obstat lex 13. *C. h. t.* ad quam varias respontiones proponit D. Wissenb. *ad h. tit. th.* 11. & præfert Cujacianam, quæ vult ab intestato liberos conferre donationem, non si e testameno succedatur. 5. *Obs.* 30. Sed hæc distinctio absorbet regulam. Tempore enim Diocletiani & Maximiani, qui sunt auctores *d. l.* 13. collatio non fiebat e testamento, nisi Testator eam fieri præcepisset. *l.* 1. § 6. *h. l.* 10. *C. h. t.* Ergo si donatio conferatur ab intestato, regula est, *eam conferri*; quia Collatio per se non habebat locum nisi ab intestato, eo, inquam, tempore *d. l.* 13. Quid si hoc modo? Primo quidem de liberis non suis manet regula, donationem non conferri, quam adstruximus. Lex 13. sic ait: *Si fundus tibi filiæfamilias constitutæ a Patre donatus est, cum sorore Patri communi succedens eum præcipuum habere contra jura postulas.* Filiasfamilias igitur donationem conferre cogitur, non liberi extra Patriam potestatem constituti. Quid ita? quia donatio facta filiofam. est invalida propter vinculum patriæ potestatis. *l.* 1. §. 1. *D. Pro donato.* Proinde non videtur e bonis paternis alienata res, sed conferenda. Solet quidem dici, morte Patris convalescere donationem, ex *l.* 25. *C. de donat. int. Vir. & Ux.* Sed hoc usque eo valere, ut etiam collatio prohiberetur, necesse dictu non fuit. Hodie sane quidquid *de l.* 13. sit statuendum, non dubitabimus, quin donatio generaliter sit extra collationem posita, excepto casu *d. l. pen.* §. 1. quæ in aliis casibus non conferri donationem, tradit atque supponit. Adde super hoc quæsito Vinnium *de Coll. c.* 25.

III. (e) Regula cessat in iis, quæ Parens dignitatis adquirendæ causa filio donavit. *l.* 1. §. 16. *h. t.* quatenus hoc non incidit in nundinationem dignitatum Legibus prohibitam, quæ collationis honore minime digna haberi potest. Imo de omnibus militiis sive muneribus, quorum venditio publice permissa est, videtur dicendum, in iis non cessare collationem, per *l. pen. in pr. C. h. t.* ubi non confertur ipsum pretium, sed lucrum e tali militia usque ad mortem parentis perceptum. Quid videtur de moribus hodiernis, quatenus multæ dignitates apud plures populos venales habentur, ut non modo de Gallia, sed etiam de pluribus aliis populis constat? Puto non erraturum, qui sic statuat: Liberos, pro quibus Parentes emerunt officia, conferre debere, vel pretium quod Parentes expenderunt, vel lucrum quod ex illis officiis redactum est, deducto pro ipsis operæ suæ pretio *per d. l. pen. in pr.* Verum quod honoris causa pro dignitate filii, non ut pretium dignitatis erogatum est, non videtur esse conferendum. *d. l.* 1. §. 16. *h.*

IV. Exceptio est in his, quæ parentes liberis suis studiorum causa prorogarunt, * nisi constet, eos animum habuisse credendi, *l.* 50. *D. Famil. ercisc.* de quo si non constat ex aliquo facto, filii hoc habent præcipuum, etsi res aliquando sit durioribus circumstantiis. Mater quædam, inscio marito, sumpserat mutuo duo millia florenorum, quæ filio peregre agenti subministraverat, ut studia absolveret honoresque doctorales caperet. Hæc obligatio, forte soluta, reperta erat in matris hæreditate, quam reliqui liberi filio isti, a quo consumpta erat pecunia, in diminutionem suæ portionis offerebant. Sed frustra, cum aliud nullum maternæ voluntatis argumentum existeret, isque ad privilegium *d. l.* 50. provocaret. Cujusmodi autem argumenta illa esse oporteat, petendum ex *l.* 34. *de Negot. gest. & l.* 15. *C. eod.* Quid si mortuo Patre, Fratres, quorum unus erat studiis initiatus, in paternorum bonorum communione perseveraverint, an sumptus in consummationem studiorum erogati in Communionem imputandi? Adfirmat. D. Wissenbach. *h. t. th.* 14. *arg. l.* 52. §. *ult. & l.* 59. §. *ult. pro Soc.* Illi quidem textus vitio citati videntur. Tu dic, si Liberi expresse universalem societatem contraxerint, quod vix unquam fit, vera potest esse Wissenbachii sententia, per *l.* 73. *pro Soc.* verum si Liberi bona parentum indivisa possederint, cum nulla sit inter eos societas, verum singuli suas in hæreditate portiones habeant, certum est, singulos onera

(e) *Pos.* 8.

* Etiam apud nos studiorum sumptus hoc privilegio fruuntur, quod confirmavit. *Dec. El.* 50. sive pater sive mater eos suppeditaverit. Carpzov. *P.* 2. *C.* 8. *def.* 13. nisi (1) Pater aliud voluerit, quod ex sola consignatione in libello facta, colligi nequit. *d. Dec.* Philipp. *ad eand. Obs.* 3. Finckelth. *obs.* 11 *n.* 6. *seqq.* Richt. *ad Auth. habita prin.* 6. *n.* 9. Diss. Carpz. *P.* 3. *C.* 31. *def.* 10. j. Hartm. Pist. *l.* 1. *qu.* 19. *n.* 5. Struv. *S. J. C. Ex.* 37. *th.* 28. (2) male sint consumpti, *d. Dec.* §. 4. (3) tanti sint, ut reliqui liberi legitimam non habeant salvam, *d. Dec.* Hart. Pist. *l.* 1. *qu.* 18. *n.* 14. (4) bona adventitia filii pater administraverit, cum sic ex filii potius bonis, quam ex suis, sumptus studiorum suppeditasse censeatur, secundum sententiam Carpz. *P.* 2. *C.* 12. *d.* 19. Philipp. *ad d. Dec Obs.* 2. j. Carpz. *L.* 1. *Resp.* 21.

onera quoque sua ferre debere; nec aliter in usu hominum rationibusque Curatorum, qui plurium pupillorum ejusdem patrimonii Curam administrant, *omni die servatur*. De liberis studiorum causa emptis filio, non est recedendum a sententia *l.* 50. nisi majoris pretii bibliotheca sit collecta, quæ cum pecuniariam recipiat æstimationem, quod de adquisitione doctrinæ secus est, non liquet ratio, cur illa, quatenus superest, conferenda non sit, ut recte Busius ad *d.l.* 50. & Gudelin. 2. *de jur. noviss.* *c.* 19. De militibus idem quod de studiosis obtinere, non dubitatur, *l.* 4. *C. Famil. ercisc.* *l.* 11. *de Castr. pecul & l.* 1. *C. eod.* quod de artibus mechanicis nusquam proditum est. *l. ult. C. de Inoff. testam.* Verumtamen in his etiam mechanicis non quidem meritum causæ, sed præsumpta parentum voluntas efficiet, ut ne modicæ impensæ producendis liberis factæ, illis imputentur neque conferantur, *arg. d. l.* 34. *de Negot. gest.* ubi de Alimentis, circa quæ sæpe etiam quæritur, an sint conferenda, si quidam e liberis diutius alti fuerint e bonis parentis quam alii. Si factum hoc fit, postquam a parentibus fuerant segregati, collatio videtur habere locum, nisi causæ prægnantes pietatis & miserationis appareant; Secus, si ante segregationem hac parte quædam arguatur disparitas. Plerumque enim liberi vel suis operis victum merent, vel Parentis voluntas a credendi animo & repetendis impensis aliena est. Quibus in rebus opus est prudentia judicis, arbitrioque & æquitatis moderatione, secundum *d l.* 34. Limitationes alias vide apud Fachinæum *lib.* 5. *cont. c.* 73. Denique, sumptus nuptiales, item vestes, mundus muliebris, inaures, armillæ, aliaque ornamenta solent extra collationis Legem haberi, nisi pater aliud dixerit, ut sæpius usu venit; adde fis, etiam nisi magni sint pretii, præsertim si adhuc supersint. Vide Gailium 2. *obs.* 91. *num.* 2. Tulden. ad *h. t. C. n.* 10. Perez. *ibid. n.* 16. Gudelin. *d. cap.* 19. Denique, pecuniam pro liberis ab hostibus redimendis expensam non conferri, vult ratio æquitatis & miserationis. *l.* 17. *C. de postlim. rev.*

(f) *Pos.* 9. & 5.

5. Sequitur articulus, Qui conferant; in quo varietatem esse magnam juris antiqui & novi, ex superioribus intelligi potuit. Olim enim soli emancipati conferebant Suis, quoniam illi soli his faciebant injuriam; Sui inter se non habebant collationis materiam, quia profectitia & adventitia cuncta Patri communi quæsita, erant in hæreditate, Castrensia vero & quasi non suberant collationi. Nec inter emancipatos fiebat, etsi adquisitiones illorum fuissent inæquales; Hoc enim quisque sine alterius injuria, cum ad hæreditatem Patris nullo modo pertineret, retinebat, vide sis *l.* 1. *pr.* & §. 5. *l.* 2. §. 5. & *l.* 10. *h. t. l.* 15. *C. h. t.* Sed postquam sola conferri cœperunt ea, quæ ex hæreditate communi profecta sunt, exceptis iis, quæ diximus, res loquitur, jam nihil interesse suus an emancipatus sit quia uctus est ex bonis defuncti, verum omnes liberos parentibus utriusque sexus succedentes, inter se conferre, quod e defuncti bonis perceperunt; (f) olim, ut dictum ab intestato tantum; hodie quoque, ni prohibitum sit, testamento facto. *d.l.* 17. *C. h. Nov.* 18. *c.* 6. *Auth. Ex testamento. C. h. t.* Proinde etiam ubi diverso jure succeditur, qua de re olim varie dubitatum fuit, ut ex jure veteri deduxit Vinnius *d. tract. de Collat. cap.* 6. Sub liberis etiam nepotes & pronepotes continentur, qui non modo descendentibus ejusdem, sed & liberis primi gradus conferre tenentur, scilicet ex persona parentum suorum, quos repræsentant; *l.* 17. & *l.* 19. 20. & *Auth. Ex Testam. C. h. t.* junct. *l.* 7. *h.* idque tametsi non sint hæredes suorum Parentum. *argum. l.* 149. & *l.* 177. *de R. J.* Etenim Collatio est onus successionis, qua nepotes admoventur avo aviæque defunctis, quibus jure proprio non tanquam hæredes suorum parentum prædefunctorum succedunt; attamen ita ut repræsentent suos parentes pariterque tantum capiant, quantum illi fuissent habituri, consequenter & onus, quod illi tulissent, agnoscere debent, ne plus auferant, quam illi ferre potuissent. Atque ita satis in Foro constanter observatur. (t)

Qua occasione sæpe quæsitum est, an nepotes,

(t) *De jure verius puto, nepotes avo succedentes, non debere conferre ea quæ parentes ipsorum acceperunt, si nempe ea ad nepotes non pervenerint, puta quod parentes eorum ea dilapidaverint aut aliter amiserint: idque tametsi sint hæredes suorum Parentum. Etenim ea tantum sunt conferenda, quæ ex substantia ascendentis cui succeditur, ad descendentem succedentem pervenerunt, his autem nihil ad istos nepotes pervenit. Addi potest, quod non fiat conferendo ea quæ casu perierunt,* l. 2. §. 2. de collat. *dilapidatio parentum certe est casus fortuitus respectu istorum nepotum. Nec quidquam facit quod veniant ad successionem avitam jure repræsentationis, per hoc enim tantum repræsentant gradum parentum, non personas, neque propterea quod non conferant majorem partem hæreditatis capiunt quam parentes eorum accepissent: cumque parentes eorum numquam fuerint obligati ut conferrent, quia hæreditatem numquam adierunt aut adire potuerunt, nepotes non possunt dici obligati ut con-*

tes, qui non sunt hæredes suorum Parentum, conferre debeant æs alienum, quod sui Parentes defuncti avo aviæque debebant. Species facti talis est; Titius habens quatuor liberos, singulis dedit dotem donationemve propter nuptias, fere æquales. Sed uni ex illis minus secundos rerum successus habenti dedit aliquot millia mutuo, quorum obligationes in hæreditate reperiuntur. Mortuo filio isto æris alieni reo, liberi, nepotes defuncti, repudiata patris hæreditate, cum cæteris Avi hæreditatem adeunt, & admittuntur, non ut hæredes suorum Patrum, sed tamen ut hos repræsentantes. In hæreditariam portionem suam adsignantur illis obligationes æris alieni, sive nomina Parentum, quæ recusant: Ajunt, se non esse hæredes suorum Parentum, ideoque non cogi agnoscere eorum æs alienum. Replicant cæteri: Non agnoscetis ut hæredes, sed tamen ut repræsentantes Parentem vestrum, ne plus habeatis, quam ille accepturus fuisset. Duplicant nepotes; Parens noster suum æs alienum tulisset, non ut hæres jure collationis, sed ut debitor jure obligationis: Prius illud nos tangit, non posterius. Proinde cum æs alienum non sit materia Collationis, nos ad conferendum illud non tenemur. Quod est verum; Confertur enim quod non est in hæreditate, sed in bonis cohæredis. *l. 6. C. h. t.* Atqui æs alienum est in bonis defuncti creditoris, non ejus qui debet. *l.* 49. *de V. S.* Avus creditor hoc æs alienum vivus repetere potuit, eoque animo credidit, ne post mortem demum conferretur: Ideoque terminis habilibus collationis in eo non existentibus, nepotes ad collationem teneri non possunt. Ita consulti respondimus atque ita judicatum est.

Prodita autem est *Collatio* tantum in Descendentibus. Adscendentes & Collaterales nusquam Jure Collationis uti leguntur. * Exempli gratia; Patruus aut Matertera fratris aut sororis liberos relinquit hæredes; uni ex illis viva dotem vel donationem propter nuptias dedit. Reliquis nihil dedit. Hi petunt, ut frater aut soror id, quod e defuncti substantia ad illum illamve pervenit, in commune conferat, ut æqualiter partiantur. Quæritur, an teneatur. Non tenetur, sed quod accepit, habet præcipuum, si defunctus aut defuncta secus non præceperit; Collatio legibus nusquam injungitur. Cur minus in Patrui quam in Patris successione? Ratio quærenda videtur in affectione Parentum, qui cum Liberis æqualiter ad alimenta, quorum respectu hæreditas debetur, præstanda teneantur, ipsam hæreditatem æqualiter illis relinquere voluisse præsumuntur. Cui præsumptioni & æqualitati consentaneum est, ut quod uni præ cæteris antea datum est, id post mortem in commune conferatur. Sed reliqui Testatores, extra Parentes, in eo quod vivi quibusdam hæredibus dederunt, promiscuo liberalitatis arbitrio usi videntur, non ut cum cæteris, quibus nihil dedere, conferatur. Atque ita juris & observantiæ indubitatæ est: Quemadmodum etiam, si descendentes cum extraneis succedant, his etiam nihil conferunt. *l. ult. C. Comm. utriusque judic.* Qua in re notandum est ἀπροσδόκητον: Nepotes ex filio pro extraneis haberi posse, quando filius est superstes, quia tunc avus hos instituere vel Legitimam illis relinquere, cum Pater eos præcederet, non cogebatur. Ubi autem Legitima non debetur, ibi nec Collationis esse facultatem, satis exploratum est. Unde regula: *Quæ computantur in Legitimam, etiam ab intestato conferuntur. l. 20. in pr. C. h. t.* Tu vide Sandium *lib. 4. tit. 10. def. un.*

6. (g) Sequitur modus conferendi, qui triplex proditus est, ut vel Re fiat, vel Cautione, vel Remissione. Re, cum res aut pecunia repræsentatur. *l.* 1. §. 11. *h.* Cautione, cum fidejussor, vel pignus datur. *l.* 1. §. 9. Remissione, cum is, qui conferre debet, tanto minus ex reliquis bonis capit. §. 12. Unde colligitur, non præcise res ipsas, sed rem vel æstimationem conferri. Ab his tribus modis videtur esse diversus modus, quem in tritura forensi usuque hominum fere sequimur; Primo recensentur Facultates & commoda Hæreditatis, interque ea pecuniæ, quas singuli hæredes conferre debent. Hæ cum cæteris pecuniis in hære-

(g) *Pos.* 10.

ferant. Quod dicitur collationem esse onus successionis, verum est, si ille succedat ad quem jam aliquid pervenit. Textus quibus Auctor utitur, supponunt illud quod conferendum est ad nepotes pervenisse. l. 149. l. 177. de R. J. *huc non pertinent, non enim nepotes succedunt avo ex persona aut jure parentum, sed jure suo, utpote vocati e lege.*

* Quoties tamen apud nos Uxor marito succedere cupit, non modo quæ a marito accepit, sed etiam omnia sua bona conferre tenetur. *P. 3. C. El.* 20. (vid. supr. *P. I. p.* 277.) mediante inventario vel specificatione jurata. Carpzov. *el. d. C. def.* 9. Regulariter autem hanc conferendi necessitatem, in uxoribus ex statuto succedentibus deficere, monet id *l. c. def.* 7. Berlich. *P.* 3. *Concl.* 25. *n.* 48.

hæreditate repertis, vel ex hæreditate redactis, cumulantur, atque in Summam rediguntur; cujus singulis portio hæreditaria adsignatur; Deinceps in solutionem datur singulis primo, quod conferre debent, *respective*, ut ajunt. Videtur esse modus ille *brevis manus*, ex eo, qui Re & qui remissione fit, quodammodo mixtus. Sed an conferentes etiam ad usuras teneantur? Respondetur, eos teneri, a tempore mortis, vel potius a tempore moræ, quia divisio hæreditaria est bonæ fidei, §. 28. *Inst. de Act.* non debetur a tempore, quo liberi pecunias a vivis parentibus acceperunt; quoniam ante mortem parentis ad collationem non tenebantur, atque ita judicatum in Curia nostra, *inter Egbertum Dominici cum soc. & Antonium atque Johannem Iacobi. 29. Mart.* 1642. Hinc judicandum fuit de tali specie. Cajus & Caja conjuges, quibusdam e liberis suis dederant dotes & donationes propter nuptias. Cajo mortuo, liberi bona Paterna diviserant, sine collatione. Duodecim post annis Caja matre mortua de collatione est actum; Qui nihil acceperant, petebant usuras saltem a morte Patris; Respondi, usuras dimidiæ partis, respectu hæreditatis paternæ, currere a tempore divisionis illorum bonorum, quæ tum facienda fuisset Collatio, quatenus a Patre facta erat donatio. Respectu maternæ hæreditatis non deberi usuras: *Kalendis Junii* 1688. Quod si paterna bona post obitum matris divisa demum fuerint, usuras plane non currere, dicendum, quia mora tum nulla commissa videtur.

7. (h) Porro collationem recusanti cohæredi, jura quoque & actiones hæreditarias negari non est dubium. *l.* 1. §. 13. *h.* Quid autem si cohæres, qui conferre deberet, contentus sit nihil de rebus aut actionibus hæreditatis percipere, sed omnia relinquere suis fratribus & sororibus, qui tantum inde redigere non possunt, quantum alter a vivis parentibus jam pridem accepit, an potest ad conferendum compelli? Sæpe nobis hujusmodi species offeruntur. Parentes bonis temporibus liberis suis natu majoribus dederunt luculentas dotes aut donationes propter nuptias. Deinde coarctatis temporibus & patrimoniis, mortui parum in bonis reliquerunt, ut Liberi juniores parum aut nihil inveniant. Quæritur, an majores natu dotes suasque donationes nuptiales conferre cogantur in medium. Respondendum est, Si Liberi majores hæreditatem adierint aut se pro hærede gesserint, eos teneri ad conferendum, etsi multo plus sint collaturi, quam denuo percepturi. Tenentur enim tunc ut hæredes oneribus hæreditariis. Quod si hæreditatem repudiaverint, non tenentur; quia collatio est onus & consequentia successionis. *l.* 1. *C. de Collat.* ubi; *Successionem obtinentes.* & *l.* 16. *C. eod. Patri succedentem*, & *passim.* in terminis autem in *l. ult. de dot. collat.* Rursus ex usu facti quæsitum; Filia cum genero Patri dans apocham, in ea promiserat, se post mortem Parentis dotem esse collaturam. Juniores liberi, cum post obitum Parentis, dimissis creditoribus, nihil esset in medio, sororem natu majorem ex illa promissione conveniebant, ut conferret dotem inter se partiendam Respondi consultus, eam tamen non videri ad conferendum cogi posse; quia promissio collationis supponit qualitatem hæredis; qua deficiente, sicut collatio, sic etiam promissio Collationis cessare videtur. Filia vero in illo casu renunciaverat hæreditati Paternæ. Quo casu dotem quoque promissam & non solutam a fratribus qui hæreditatem adierunt, peti posse responsum est *in d. l. ult. de dot. collat.* Sed non fuerat ibi promissa collatio. Ex promissione vero dari actionem adversus non conferentem quanti ea res erit, habetur in *l.* 5. §. 1. & *ult h. t.* Sed agitur ibi de his, qui post mortem Parentis promiserunt. *in pr.* Non est igitur, ut ex promissione Collationis vivis parentibus facta, quisquam teneatur, quia nec aditio hæreditatis tum facta valet, ut suo loco intelleximus. Si quis autem negaverit Collationem, credens tantum pro sua parte non superesse, quantum collaturus sit, videturne repudiasse, an adhuc admitti poterit? Benignior sententia prævaluit, ut variantes non repellantur, neque mutantem consilium Prætor adspernetur. *l.* 8. *h. t.* Cæterum, quod de dote non conferenda, si is qui accepit, non adeat hæreditatem, diximus, id saltem cum exceptione Legitimæ accipiendum, ut liberi juniores inofficiosas Dotes revocare possint ad quantitatem Legitimæ suæ, *l. un. C. de inoff. dotibus.*

TIT.

(h) *Pes.* 11. & 12.

TIT. VII.

De Dotis Collatione.

(a) Nihil crebrius hodie confertur, quam Dos & donatio propter nuptias, *l.* 19. *& l. pen.* §. 1. *C. h. t.* olim & adventitia, sed hodie profectitia tantum, id est, quæ ex bonis defuncti Parentis, etiam matris profecta sunt. *l. ult. C. de Collat.* Confertur autem quod de dote recuperari potest, l. 1. §. 6. *h.* quod limitatur ex *Nov.* 97. *c. ult.* ut si filia majorennis & sui juris, virum non excusserit, vel filiafam. patrem non monuerit, solidam dotem præstet. Cætera, quæ ad conferendam dotem pertinent, ex titulo præcedenti ἀπὸ κοινοῦ repetenda; Parum enim abest, quin totius tituli de *Collationibus* argumentum in Collatione Dotis & donationis Nuptialis consumatur.

Verum enimvero, quod de Dote non conferenda, si absque filiæ culpa deperdita sit, diximus, usu Fori nostri non servatur, quod etiam scribit Alciatus 4. *parerg. C.* 9. & de moribus Hollandiæ Vinnius *tract. de Collat. c.* 2. §. *ult.* Cujus *moris*, ait, *hæc est ratio, quod Patria potestas apud nos matrimonio solvitur, ut proinde filia ad dotem repetendam, Patris consensu non indigeat.* Sed hæc ratio non sufficit, quia prædicta *Nov.* 97. *cap. ult. & Auth. Quod locum C. h. t.* inde sumpta, loquuntur tam de filia sui juris & majorenni, quam quæ est in Patria potestate. Proinde sit hæc potius ratio, quod dotes proprie dictæ vix amplius ullæ sunt, utique pecuniæ liberis datæ a Parentibus ad sustinenda matrimonia, non sunt dotes, quæ Viris debentur, sed a filiis filiabusque in communionem conjugalem inferuntur, ac ita paraphernalia fiunt, ut *supra de Jure Dotium* probavimus. Unde, quod de dotibus antiqui moris sancitum est, ad res diversi instituti non pertinet. Quod si parens non filiæ, sed genero dotem nominatim dederit, quod raro fit, apud nos forte, a *d. Auth. Quod locum.* non fuerit recedendum, quod quidem attinet ad filias majorennes.

TIT. VIII.

De Conjungendis cum emancipato liberis ejus.

(a) Jure Prætorio filius emancipatus succedebat; & ejus filius in potestate retentus jure civili. Sed ne uni stirpi gemina successio advolveretur, Prætor in tali casu filium emancipatum cum nepote jungebat, ut pro uno fungerentur.

2. (b) Sed cum hodie nepotes, licet sui, ab intestato veniant post filium, quamvis emancipatum, *Nov.* 118. *cap.* 1. nihil opus est hoc remedio.

TIT. IX.

De ventre in possessionem mittendo, & curatore ejus.

I. Ventre præterito, valere testamentum. II. Sed interim decernitur bonorum possessio contra tabulas. III. Qualis sit hæc. Et usus hujus tituli.

(a) Ventre, sive filio posthumo exhæredato, valet testamentum, donec eo nato, per querelam rescindatur. §. 2. *in fin. Inst. de inoff. Test.* Ventre præterito, valet testamentum, donec agnascendo rumpatur. §. 1. *l. de exhæred. liber.*

2. (b) Sed interim decernitur ventri bonorum possessio contra tabulas, Curatorque datur bonis, donec mulier pariat aut abortiat. *l.* 1. *pr.* §. 2. *&* §. 17. *h.* Interim alitur mulier eo modo, qui præscribitur in §. 19. *&* 20. a d. §. *pen. ejusd. l.* 1.

3. (c) Aliquando est Decretalis hæc bonorum possessio; Si mater negetur uxor esse, aut nurus, vel ex defuncto concepisse, quia tunc opus est causæ cognitione. *d. l.* 1. §. 14. Hic titulus hodieque jure novo locum habet, ut ex eo, quod in pr. diximus, colligitur. Diffent. Corvin. *h.*

Sed adde Carpz. III. 17. def. ult.

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

At

At verum est, non modo his diebus, sed etiam jure novissimo, ventre tam exhæredato quam præterito, esse dandam hanc bonorum possessionem, quia non potest hodie fieri, post *Nov.* 115. *c.* 3. ut exhæredatio posthumi, in quem nulla potest cadere ingratitudo, habeat effectum exclusionis ab hæreditate; ut adeo effectus idem sit exhæredationis hac parte, qui jure veteri fuit præteritionis, ut recte observat Wesenb. *ad h. tit.* Adde Carpz. *d. loco*.

TIT. X.

De Carboniano Edicto.

I. Sententia Edicti. II. Quæstionem, an impubes sit filius, aliquando non differri. III. Qualis sit bonorum possessio quæ ex hoc Edicto datur, & usus hujus.

(a) EDictum Carbonis habet hanc sententiam; Impubes præteritus, qui negatur esse filius defuncti, habet decretalem bonorum possessionem ex Carbon. edicto, & si satis dederit, jura hæredum exercet, usque ad pubertatem, quo tempore quæstio terminanda est. *l.* 1. *pr.* & §. 1. & *l.* 5. *pr.* & §§. *seqq. h.*

2. (b) Aliquando tamen & statim quæstio status ventilatur, *l.* 3. §. 5. *h.* si nempe liqueat, posse in favorem pupilli decidi. Idem est, si mater sola subjecti partus rea postuletur. *l.* 1. §. *ult.* & *l.* 3. §. 2. *cod.*

3. (c) Est autem hæc bon. possessio ab intestato & contra tabulas, in casu præteritionis. *l.* 3. *pr.* Scriptis hæredibus, aut exhæredatis, non datur, *d.l. ll.* nisi *posthumus sit scriptus*, & *negetur esse filius*. *l.* 1. 6. 8. & *l.* 3. *in pr. h. t.* Thomas. ad *posit. ult. h. t.* Quoniamus hujus tituli usus hodieque maneat, nihil impedimento est. Si quis impubes præteritus, aut in casu intestati pro filio defuncti habitus, negetur esse filius, quidni mittatur in possessionem, quæstione principali, an filius sit, post pubertatem differenda? Sed quia tales causæ dilationibus ordinariis hodie tractantur in judiciis, facile contingit, ut provisio, qualis in hoc judicio esse deberet, cum principali quæstione confundatur, præsertim si adolescens sit proximus pubertati, quomodo accidit in celebri causa, quam *hic P. III.* retulimus ad *tit. de Agnosc. & Al. l. p.* 203. Conclusio prius a Pattono pueri, facta erat *Provisionalis*; sed disputandi calore eo provecti sunt, ut partes dein consenserint atque a Curia petierint, ut ex Actis & probatis Quæstio principalis una feria decideretur. Danda est opera Advocatis, *ut hoc notent & caveant*.

TIT. XI.

De bonorum possessionibus secundum Tabulas.

(a) FUerunt species contra tabulas Bonorum possessionis. Sequitur secundum illas. Etenim scriptis hæredibus, qui jure civ. subtilitate aliqua excludebantur, dabat Prætor possessionem secundum tabulas, si modo tabulæ septem testium signa præferrent, *l. pen* §. 2. *h.* nisi ab initio constaret, liberos contra tabb. petere posse. *l.* 2. *pr. h.*

2. (b) Utilitatis causa, & quod remedia Prætoria facilioris in foro erant expeditionis & molliora habebantur, extensa fuit hæc possessio ad quoslibet hæredes scriptos, *l.* 8. §. *ult. h.* quin & hæredibus nuncupativo testamento institutis, utilis est hæc ipsa possessio. *d.* §. *ult.*

3. (c) Non est hinc aliena missio in possessionem, ex *l.* 3. *C. de Edict. D. Hadr. toll.* quæ datur his, qui tabulas testamenti præferunt integras, nec vitii manifestas; *de quo suo loco*.

TIT. XII.

Si a parente quis manumissus sit.

I. Continuatio. Quo sensu filius manumitti dicatur, & qualis hæc bonorum possessio. II. Casus, quibus cessat. III. Modus ejus diversus.

(a) EXpositæ sunt possessiones contra & secundum tabulas. Subjiciuntur appendices duæ, ad contra tabulas una, ad secundum altera pertinens. Jus parentum in liberos olim ferme idem fuisse, quod dominorum in servos, *alias* probatum est. Adeo quidem, ut Pa-

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. & 2.

tit. & alimenta, si egeant, quod ad liberos patronorum extendebatur, *l.* 5. §. 18. *& seqq. de Agnosc. & Alend. lib.* de quo apud *Tit. de Bonis Libert.* & quo respectu datur præteritis patronis bonorum possessio contra tabulas. *l.* 21. *pr.* & §. 1. *h. t.* Amittitur hoc Jus Patronatus, quando Patronus inopem libertum alere recusat. *l.* 5. *in fin. h. t.* Exactione jurisjurandi illiciti, ut quod libertati adversetur, aut utilitati publicæ. 24. *de Bon. Libert.* Finitur etiam, quando libertus ob ingratitudinem *in servitutem* Patroni redigitur, ut si delatores ei submiserit, *l.* 5. *pr. h.* ex Edicto Claudii, ut patet ex *d. l.* 5. & Suetonio in *vita Claud. C.* 25. Non tamen ob quamlibet ingratitudinem *ἀναδουλοῦται*, *servitute mulctatur*, ut patet ex *l.* 1. & *l.* 7. §. 1. *h. t.* qui textus conveniunt cum eo, quod Tacitus refert, cum relatum esset, ut *adversus male meritos libertos revocandæ libertatis jus patronis daretur*, Cæsar ita scripsit Senatui; *privatim expenderent causam libertorum, quoties a patronis arguerentur, in commune nihil derogarent. lib.* 13. *cap.* 26. & 27. Adde Wissenb. *h.*

3. Tertium jus Patronatus, est ex jure Canonico, *Facultas præsentandi aliquem ad munus vocans Ecclesiasticum*, & competit iis fere, qui templum ædificarunt, dotarunt, aut fundaverunt, *c. illud in fin. c. nobis fuit.* 25. *X. de jur. Patronat.* ejusque rei similitudo extat in jure civili, *Nov.* 57. *c.* 2. *Nov.* 123. *c.* 18. Quanquam autem hoc jus sit ex Canonibus Pontificiis, atque a simplicate Evangelica remotum, tamen inter Protestantes etiamnum viget, inter alia multa instituta voluptatibus aut ambitioni servientia; ut etiam a Pontificiis hominibus exerceatur, quod tamen apud nos prohibitum; Habent heic possessores immobilium cujusque pagi jus præsentandi, ut tamen alieni a Religione reformata excludantur. Longe satius est eam rem Ecclesiæ committere: Omnino tamen illicitum esse jus illud Patronatus, dicendum non videtur, cujus rei locus alius est *examinandi* (1).

TIT. XV.

De obsequiis Parentibus & Patronis præstandis.

(a) Officia, quæ Liberti patronis suis debent, sunt vel obsequia, vel operæ. *l. ult. D. Si ingenuus.* ubi, *sive operæ petantur, sive obsequium desideretur*. Obsequium significat heic cultum & reverentiam. Ita Justinianus in *Nov.* 78. τὸ καλούμενον ὀψίκιον explicat, per πᾶσαν αἰδῶ καὶ τιμὴν, *omnem reverentiam ac honorem.* De his est summa regula; *Liberto & filio semper honesta & sancta persona Patris ac Patroni videri debet. l.* 9. *h.* Hinc non possunt eos sine venia Prætoris in jus vocare, *l.* 4. & *l.* 12. *de in Jus voc.* Non possunt adversus eos actionem movere famosam, nec opponere talem exceptionem. *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *h.* & *l.* 11. *de dol. mal.* Non possunt ab illis exigere juramentum calumniæ. *l.* 7. §. 3. *h. t.* Atqui juramentum calumniæ *neque* Patrono *neque* Parentibus remittitur, est in *l.* 34. §. 4. *de Jurejur.* Non liquet alia responsio, quam χειρουργική; Legendum esse *æque* Patrono *atque* Parentibus. Cujac. 9. *obs.* 37. & valeat non tam auper ctoritate, quam necessitate. Tamen & auctoritas adest Basilicorum, qui vertunt ita, Ὅτι οὐκ ὄμνυσι πατὴρ ἢ πάτρων, *quod jusjurandum non præstat pater aut patronus.* Sic igitur isti tum temporis legerunt. *d. legem* 34. Denique, liberi & liberti non possunt Patronos atque Parentes in solidum excutere, sed tantum quatenus facere possint. *l.* 7. §. 1. *h. t.*

(a) *Pos.* 1. & 2.

(1) *Bene, quod Auctor fatetur jus Patronatus, quod ex jure Canonico est, non esse illicitum: jus hoc Ecclesiarum Fundatoribus Canones gratitudinis ergo concesserunt. Neque institutum Ecclesiæ fuit voluptati aut ambitioni servire, cum Canones hoc maxime agant, ut omne voluptatis & ambitionis studium reprimant. Quod si quisquam ambitionis aut voluptatis causa hoc jus adquireret, is certe procul a spiritu Ecclesiæ aberraret, & contra Canonicas sanctiones ageret.*

LIB. XXXVIII. TIT. I.

De Operis Libertorum.

Post obsequia sequuntur operæ Libertorum.* Quemadmodum domini a servis operas, tam mere personales, quam fabriles & luciatorias percipiebant, (quomodo Crassus dives integras fabrorum familias habebat servorum, quos ingenti suo lucro per urbem exercebat, ut testis est *in ejus vita* Plutarchus) ita postquam manumiserant eos, de singulis operarum speciebus quasdam reliquias servabant; quas etiam servi incitandæ spei futuræ libertatis, libenter promittebant. (a) Igitur Operæ sunt diurnum officium. *L.* 1. *h.* Dividuntur in artificiales & officiales. Artificiales, quarum præstatio pecuniaria utilitate constat, veluti fabriles. *l.* 6. *h.* Officiales ad personam patroni pertinent. *l.* 3. §. 1. *h.* Illæ nonnisi promissæ, hæ quoque per se debentur, *l.* 26. §. 12. *de Condict. indeb.* nec transeunt ad hæredem extraneum, nisi quæ vivo patrono cesserant, hoc est, indictæ vel petitæ fuerant. *L.* 29. Fabriles in quoslibet hæredes transeunt. *l.* 6. *& l. ult. h.*

2. (b) Solebat libertus patrono præter operas etiam polliceri donum & munus; unde conjunctim *donum*, operas, munus, quæ libertus patrono se præstiturum jurabat. *l.* 7. *in pr.* Hoc jusjurandum, ut & dotis dictio, referuntur inter species verborum obligationis a Cujacio *in pr. comm. de V. O.* contra quam Donellus *pr. ad d. tit. n.* 7. *& seqq.* Esse illas species obligationum, liquet e Cajo *lib.* 2. *Inst. tit.* 9. §. 4. *& seqq.* ubi post species quatuor contractuum, hasce duas recenset; esse verborum obligationes, non ait idem; at fatendum, propius eas accedere ad hasce, quam ad ullam speciem aliam. Cæterum, munus & donum differunt, ut genus & species. Nam donum est omnis liberalitas; Munus est donum cum causa, ut puta natalitium, nuptialitium. *l.* 194. *de V. S.* Alias donum est rei majoris, munus in re leviori consistit, adeoque gradu hæc tria differunt, donum, munus, xenium. *l.* 6. *in fin. de Off. Proconf.*

TIT. II. & III.

De Bonis Libertorum & de Libertis Universitatum.

(a) JUs Patronatus in successione Libertorum sine prole morientium, novissime constitutum fuit a Justiniano, aliter ab intestato, aliter testato. Ab intestato Patronus simpliciter succedit. Testato, distinguitur, utrum libertus ultra centum aureos in bonis habuerit, an secus. Si minus centum aureis reliquerit, Patronus impune præteritur. Si major centenario sit, habet bonorum possessionem contra tabulas, olim in semissem, hodie in trientem. §. *penult. Inst. de Success. libert.* Aliter olim ex XII. Tabulis, Lege Papia, & Edicto Prætoris, teste Ulp. fragm. *tit. ult. d. tit. Inst. de Success. libert.* §. 1. 2. *&* 3.

(b) Quod juris est in libertis privatorum, idem exercent Universitates in suos libertos, habentque bonorum possessionem contra tabulas. Et hinc notandum; Universitates regulariter eodem iure uti, quo privati utuntur. Hactenus *ad tit. III.*

TIT.

(a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3. 4. & 5. (a) *Pos. un. tit.* 2. (b) *Pos. un. tit.* 3.

* De operis rusticorum in Saxonia, videri potest *die Lands-Ordn.* d. Ann. 1555. tit. *Baufuhren.* §. *demnach. Corp. Jur. Sax. p. C. P.* 2. *C. Fl.* 41. *& Decis. Fl.* 43. quæ eorum determinationem regimini Aulico reservat. Plenius de iis actum fuit a Mencken. in *Tract. f. synops. h. tit. p.* 418. *sqq.*

TIT. IV.

De Adsignandis Libertis.

(a) JUs patroni transit æqualiter ad liberos hæredes; nisi uni ex illis libertum adsignaverit Pater, quod potest pro arbitrio; sive testamento, seu aliis quibuscumque verbis; modo is, cui adsignatur, in potestate sit. *l.* 13. §. 1. *h.* 2. (b) Quod si quis ex pluribus filiis in potestate retentis uni, simulque filio emancipato libertum adsignaverit, emancipatus per fratrem integri juris, cui junctus est, beneficio adsignationis fruetur. *l.* 2. *h. t.* Sæpe alias ho: fit, ut quod quis a se non habet, per alium adipiscatur. Quod tamen caute accipiendum, neque tam late quam vult Thomasius *ad pos. ult. h.* Adde Wissenb. *ad h. t. th.* 9.

TIT. V.

Si quid in fraudem Patroni factum sit.

(a) SI patronus legitimam partem ex bonis liberti testati consequi nequeat, habet actionem Favianam; si intestati, Calvisianam; quibus revocat ea, quæ in fraudem portionis suæ legitimæ sunt alienata; & quidem hæ actiones sunt personales. *l.* 1. §. 26. *l.* 3. §. 3. *h.* Etsi non sint ex contractu, verum dentur adversus eos, qui Patrono non sunt obligati, sed in quos facta est alienatio. Neque tamen sunt ex aliquo jure in Re, ut in rem actiones nihilo magis esse queant, verum sunt in factum actiones. *arg. l.* 1 *in pr. l.* 10. *in fin. pr. quæ in fraud. Cred.* Cujusmodi actiones sunt personales. *L.* 25. *de O. & A.* In fraudem vero facta videtur alienatio, quando facta est dolo malo inter vivos; aut mortis causa simpliciter, *l.* 1. §. 1. *h.* nisi facta sit in filium. §. 2. Quod secus est in alienatione judicii mutandi causa facta, sque per ultimam voluntatem facta, dolo malo facta non videtur. *l.* 8. §. 3. *de alien. jud. mut. c. f.* Cæterum, non adquirendo, libertus in se aut dem Patroni alienasse non censetur. *d. l.* 1. §. 6.

TIT. VI.

Si tabb. testamenti nullæ extabunt, Unde liberi.

(a) FUerunt ita cunctæ Possessiones, quæ testamento facto competebant. Ab intestato bonorum possessiones olim erant octo. Ex quibus in pandectas quatuor sunt relatæ, cæteris abolitis, de quibus vid. *tit. Inst. de Hæredit. ab intest. & de bon. poss.*

(b) Prima in Pandectis, Unde liberi. Quæ olim pro emancipatis, qui lege XII. Tabb. non vocabantur, introducta; dein ad Suos producta fuit, utilitate potius forensi, quam necessitate, cum hi & jure civili fuerint hæredes. §. 2. *I. de Success. ab intest. pr. I. de bon. poss. l.* 1. §. 1. *h. t.*

TIT. VII.

Unde Legitimi.

(a) BOnorum possessio altera est, Unde Legitimi, per quam vocabantur omnes, qui ab intestato Lege XII. Tabb. poterant esse hæredes, maxime vero Agnati. *l.* 2. §. *ult. ff. Und. leg.*

(b) Quid autem opus fuit illis Edicto, quos Lex vocabat? Vix dixerim, nisi quod Prætor illos voluit insertos inter suos atque cognatos, quibus Edicto necesse erat succurri; ideo, quod si Cognati immediate fuissent subjuncti, Prætor visus fuisset excludere velle agnatos.

TIT.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

TIT. VIII.

Unde Cognati.

(a) TErtia bonorum possessio ab intestato est, Unde cognati, qua admittuntur hi qui jure civili non admittebantur, juncti scil. per feminas, *l. 1. pr. Und. cogn.* & conjuncti per masculos, quorum agnatio per capitis diminutionem sublata erat. §. 1. *Inst. de Success. cognat.*

Quo sensu Modestinus in *l. 5. Unde Legitimi*, dixerit, *Inter agnatos hoc interesse, quod in agnatis* & cognati continentur, in cognatis non utique & agnati, cujus dicti contrarium videtur esse verissimum, id ænigma λογικῶς expositum est in *part. 2. Digress. lib. I. cap. 22.*

TIT. IX.

De Successorio edicto.

(a) CUm defunctus diversorum ordinum conjunctos reliquerat, primum jus debetur Liberis, tum Agnatis, tertio Cognatis, postremo Conjugibus, ita ut si primus ordo non peteret vel excluderetur, tunc secundus ordo vocaretur. *l. 1. pr. §. 8. & 11. h. t.*

(b) Si quis liberorum intra annum non petat, portio non petentis accrescit reliquis ejusdem gradus. Idem est, si quis cognatorum non petat, adeo, ut ad sequentem gradum non perveniat successio, quamdiu unus priore gradus adhuc petere potest. *d. l. 1. §. 8. 10. & 11.*

TIT. X.

De Gradibus & affinibus, & nominibus eorum.

(a) DE gradibus & affinibus, eorumque computatione, dictum est ad *tit. Inst. de Nupt.* Nomina cunctorum affinium a ... que cognatorum, peti possunt ex *l. 10. §. 12. & seqq. h. t.*

(b) At Canonistæ triplex genus adfinitatis habent, prout una & altera persona affinibus additur; ita ut uxoris meæ frater sit mihi primo genere adfinis, ejus uxor altero, hujus dein maritus tertio. Nimia & inutilis subtilitas! utilitatis tamen causa reperta. Add. Wes. ad *tit. ff. de grad. & adfin. n. ult.* ibique Bachov. (1)

TIT. XI.

Unde Vir & Uxor.

(a) DEficiente omni sanguinis linea, legitima & naturali, Prætor olim, ex præsumpta defuncti voluntate, & æquitate manifesta, conjuges admittebat in solidum, id recentiori jure confirmatum. *l. 1. C. Unde Vir & uxor.*

(b) Neque id a Justiniano mutatum est; Generalis enim abrogatio legum vetustiorum, de qua est in *pr. N.* 118. loquitur de tribus succedentium ordinibus, non de conjugibus, neque de fisco. Dissent. Corvin. *h.*

(c) Cum autem vir & uxor jure civili, consensu fiant, non videtur copula carnalis, ut huic beneficio locus fiat, esse necessaria, argumento insuper ex *l. 15. de C. & D.* suffragante.

(d) Quanquam de lucro dotis vi statuti vel pacti conjugibus competente, aliter disputari potest, ut facit Bronchorst 1. *miscell.* 98. Gail. 2. *observ.* 79. Mynf. 5. *obs.* 99. quippe dotis lucrum respectu matrimonii secuturi & implendi conceditur, at hæc successio ex solo affectu defuncti proficiscitur. Dixi ad *tit. de Sponsal. sub fin.*

(e) Cæ-

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4.

(1) *Utilitatis Causa triplex hoc genus adfinitatis repertum fuisse, vetus est contumelia. Quam futilis ea sit, liceat vel exinde colligere, quod in his & aliis disciplinæ articulis rarissime olim dispensaverit Ecclesia: ita ut Innocentius III. fere primus in impedimentis matrimonialibus dispensaverit, quod ex Christiano Lupo observat Clarissimus Espenius p. 2. jur. Ecclesiast. tit. 14. §. 4. 5. & 6. & dispensationes ante Innocentium III. concessæ, non fuerint previæ ad contrahendum, sed duntaxat posteriores male contracti Matrimonii toleratrices. Cumque idem Innocentius III. Auctor fuerit abrogandi secundum & tertium affinitatis genus, cap. 8. X. de consang. & affin. nulla ratione dici potest hæc genera utilitatis causa fuisse reperta.*

(e) Cæterum, præter quatuor bonorum possessiones ab intestato, quas habuimus, erant olim adhuc aliæ quatuor: I. *Unde decem personæ*; quæ pro illis erat, qui præferebantur patri fiduciario sive imaginario, cui naturalis Pater sine pacto fiduciæ filium mancipaverat: decem isti enumerantur in §. 1. *I. de bon. poss.* II: *Tanquam ex familia*. III. *Pro Patronis*. IV. *Pro cognatis manumissoris* sive imaginarii emptoris illius. Quæ jure novo abolitæ, ne quidem in Pandectas, ut videmus, relatæ sunt. vid. §. 3. & 4. *Inst. de Bon. poss.*

TIT. XII.

De Veteranorum & militum successione.

(a) Speciale in milite est, quod si capitali pœna ex delicto militari damnatus sit, ex ejus testamento peti possit bonorum possessio secundum tabulas: & ab intestato ei succedat legitimus hæres, vel proximus cognatus, usque ad quintum gradum, eo deficiente, fiscus. Milite non damnato, ab intestato succedunt cognati usque ad 6. 7. gradum, & post Legio, *l. 2. C. de hæred. decur.* quæ sic capienda. Wissenbach. *h. t.*

TIT. XIII.

Quibus non competit bonorum possessio.

(a) Non competit bonorum possessio ei, qui renunciavit, qui tempore exclusus, qui prohibendo defunctum ne testamentum mutaret, aliterve se indignum hæreditate reddit, *l. un. hic.* cui lex hæreditatem deferri vetat. *l. 12. §. 1. de bonor. poss.*

TIT. XIV.

Ut ex Legibus Senatusve consultis bonorum possessio detur.

(a) Prætor bonorum possessionem iis pollicetur, quibus ut detur, lege vel SCto, vel Constitutione comprehensum est. *l. un. hic.*

(b) Quæ extraordinaria dicitur: quia neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, connumeratur. §. *septima*. 3. *Inst. de bon. poss.*

(c) Requisita hujus bonorum possessionis duo sunt. 1. ut sit Lex aliqua nova, per quam deferatur; alterum, ut Lex nominatim sive specialiter eam deferat. *l. un. in pr.* & §. 2. *h. t.*

(d) Quid autem; an lex dat bonorum possessionem, quæ utique semper est prætoria? Sic est: nihil vetat, Legi Prætorem quoque succurrere: cujus sane ministerium in hac ipsa bonor. possessione requirit; ideoque & Prætor eam, etsi a Lege datam, pollicetur in Edicto suo. §. *septima*, 3. *Inst. de bon. poss.*

TIT. XV.

Quis ordo in possessionibus servetur.

(a) Ordo omnium bonorum possessionum hic est; Primò dantur ex Testamento; ibique primo contra tabb. dein secundum. Postea ab intestato Liberi, Legitimi, Cognati, conjuges, ordine, quo Rubricas habuimus *supra*, vocantur.

TIT. XVI.

De suis & Legitimis hæredibus.

(a) Postremo subjungitur successio civilis ab intestato ex L. XII. Tabb. Quæ primo vocabat suos, de quibus satis dictum ad §. *ult. I. de Hæred. qualit.* & *alibi*.

(b) Hæredes Legitimi sunt vel ex lege XII. tabularum, vel ex jure novo. Ex lege XII. tabularum vocantur proximi adgnati. *Princ. Inst. de legit. adgnat. success.* inter quos ex Anastasii con-

(e) *Pos.* 5. (d) *Pos.* 4. (a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

constitutione collocantur fratres & sorores emancipati, *l. 4. C. de legit. tut. & §. 1. Inst. de success. cognat.* & ex Justiniani constitutione filii sororum. *l. pen. C. de legit. hæred.*

(c) Ex eadem lege XII. tabularum patroni, vel eorum liberi, succedunt libertis. *pr. Inst. de success. libert.* Tertio, ex ejusdem legis mente & interpretatione parentes succedunt liberis, quos emanciparunt. *§. ult. Inst. de legit. agn. success.*

(d) Hodie constat, longe alium esse ordinem succedendi ab Intest. de quo in parte I. *pr. libri tertii* fuse diximus.

T I T. XVII.

Ad SC. Tertyllianum & Orphitianum.

I. S. C. Tertylliani sententia. II. S. C. Orphitiani. III. Quid jure novo. IV. De Unione prolium. V. An hæc in Prisia valeret. VI. De successione illegitimorum.

(a) LEx XII. Tabb. nullum jus capiendæ hæreditatis matri liberisque invicem dedit; quia nulla agnatione junguntur. Sed a D. Hadr. SCto Tertylliano cautum est, ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad liberorum intestatorum bona admittatur.

2. (b) Rursus ex SC. Orphitiano (D. Marci tempore) filii & filiæ matri succedunt: & ex constitutionibus Principum, nepotes & neptes aviæ, etiam vulgo quæsiti. *tit. Inst. de SC. Tertyll. & Orphit.*

3. Horum pleraque longe aliter se habere JURE NOVO, constat ex iis, quæ ad *Nov.* 118. *in princ. libri tertii Institutionum* exposuimus. * qua Justinianus omne jus antiquum de Successionibus induxit, & fecit τοὺς παλαιοὺς νόμους ΑΡΓΕΙΝ, *otiosas esse*. Non est opus jam Orphitiano, Tertyll. ut matres liberis, aut liberi matribus succedant; simplicitas naturæ discrimen sexus repudiat. Ne inter Suos quidem & Legitimos discrimen est relictum, quod ad hæreditatem attinet deferendam. Sed in adquirenda Hæreditate quid intersit, vidimus. *ad §. ult. I. de Hered. qual. & diff. & ad tit. D. de Adquir. Hæred.* Neque plane Bonorum possessiones ab intestato petuntur a Prætore, cum Lex æquabile civile remedium omnibus præbeat. Excepta tamen bonorum possessione, quæ datur Viro & Uxori in mutua Successione; Cum enim de hac in *Nov.* 118. nihil sit constitutum, nihil apparet, ex quo Conjuges, deficiente sanguine, possint admitti, quam Edictum Prætoris Unde Vir & Uxor. ut monuimus. *ad d. tit. supra*. Namque Justinianus in *d. Nov.* 118. de solis sanguine junctis loquitur. Ideo nec quod de Adoptivis olim placuit, mutatum videtur. (c) Scilicet, Adoptivi ab aliquo adscendentium adoptati, succedunt invicem haud dubie, ab extraneo adoptati nullo modo. *l. 10. §. 1. in fin. C. de Adoption.*

(d) 4.

(c) *Pos. 3.* (d) *Pos. 4.* (a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 2.* (c) *Pos. 6. tit. præced.*

* Differentiæ Communis & Saxonici Juris, traditæ sunt ibidem *P. I. p.* 230. *& seqq.* Superest, ut quod *p.* 277. promisimus, de successione Geradica & Heergewettica nonnihil addamus. Complectitur autem Gerada universitatem rerum mobilium, muliebri usui ornatuique inservientium. *L. R. l.* 1. *art.* 24. quarum catalogum ordine Alphabetico suppeditat *Struv. ad Ant. Matthæi de Success. p.* 401. *seqq.* & pleniorem sententia Scabinorum Lipsiensium in Volckmanni. *Notariats-Kunst. P.* 3. *c.* 19. *p.* 82. *&* 91. j. Richter *de Success. ab Int. Sect.* 1. *Membr.* 2. *n.* 70. *seqq.* & plenissimum rerum eum ad Geradam pertinentium, tum ad eam non referendarum, Celeb. D. Barthius *im ausfuhrlichen Bericht von der Gerade c. III. p. inprimis* 163. *seqq.* Debetur autem regulariter personis feminini sexus & uxoribus, post mortem mariti, *Wb. art.* 11. sive nobilibus, sive ignobilibus, *P.* 3. *C. El.* 20. *&* 27. etiam ex concursu creditorum; ac cognatis, qui quandoque plenam, quandoque tantum Niftelgeradam, seu minus plenam capiunt, quæ certas tantum res Geradicas continet. Cum vero solum cognationis Jus hic spectatur, soror uterina cum germana concurret. Carpz. *P.* 2. *C.* 14. *d.* 57. Consanguineam autem & fratris filiam plane excludet. Extra ordinem interdum masculis Gerada defertur, ut (1) Clericis Maternis, si modo sacris jam initiati sint; sororum & uxorum Geradam non capiunt. *L. R. l.* 1. *art.* 5. Carpz. *P.* 2. *C.* 14. *def.* 60. filii Clericorum, licet Heergewettam non accipiant, a Gerada tamen quoque excluduntur. Carpz. *Jur. Consist. l.* 3. *def.* 20. *n.* 14. Dissent. Stryck. *ad Brunn. Jus Ecclesiasticum l.* 2. *c.* 13. *verb. vel consuetudine. p.* 127. Goldbeck. *de Gerada Sax. p.* 36. *n.* 4. (2) Marito juxta Statutum Lipsiense *d. an.* 1672. *art.* 2. *vid. Leipziger-Statuta. num.* 35. *seqq. der Stadt Leipzig. Ord.* Priv. *und Stat. p.* 296. *seq.* Heergewetta res expeditorias continet, quæ pertinent ad armandum eum, qui militarem expeditionem molitur. *L. R. l.* 1. *art.* 22. Quid ad eam referatur, tradit Struv. *l. c. p.* 417. & Barthius *cit. libro c.* 8. add. Carpz. *P.* 3. *C.* 18. *def.* 25. *seqq.* Debetur ex Equitibus, *L. R. l.* 1. *art.* 27. &, vi statutorum localium, quandoque etiam Civibus & Rusticis. Spectatur autem in hac successione solum jus Agnationis, unde adscendentes materni & cognati ad eam pervenire nequeunt. Utraque, & Gerada & Heergewetta, præscribitur anno Saxonico. *L. R. l.* 1. *art.* 28. nisi ob reverentiam Parentibus debitam haud sit postulata, Carpz. *P.* 2. *C.* 3. *d.* 14. Berl. *dec.* 287. III. Bona *De Gerad. th.* 18. ac, si successor habilis deficiat, ad Magistratum, qui superiorem Jurisdictionem habet, pertinet. *P.* 2. *C. El.* 30. *§. f. j. L. R. l.* 1. *art.* 28. Carpz. *ad d. C. def.* 14. 22. *seq.* Id. *P.* 2. *C.* 14. *d.* 62.

(d) 4. Huc etiam pertinet Unio prolium. Accidit aliquando, ut liberi e diversis matrimoniis utrique conjugum promiscue succedant, per unionem prolium, quæ dicitur, & definitur; Pactio Conjugum de successione promiscua liberorum, quos habent e diversis matrimoniis, auctoritate Magistratus, præsentibus his quorum interest inita, per quam privigni jus naturalium in succedendo adipiscuntur. Sed hujusmodi pacta jure Civili valere non possunt, quia pactis hæreditas non datur, *l.* 52. *D.* & *l.* 19. *C. de Pact.* nisi unio prolium fiat super jure filiationis, perque modum adoptionis, ut tum successio quasi pro sequela habeatur, ut vult Jac. Rick. *tract. de Unione prol. c.* 3. *n.* 6. qui tamen eam definit per solam conventionem de succedendo. *c.* 1. *n.* 8.

5. Apud nos, qui Jure Civili utimur, nullus ejus usus, nec si instituatur, valiturum puto; facit huc exemplum apud Sand. 2. 2. 7. ne quidem adoptionis prætextu, quæ nec in mulieribus jure communi locum habere potest, cum feminis adoptio negetur, excepto casu orbitatis ex liberis amissis. §. *feminæ.* 10. *I. de Adopt.* Novi Clarissimum Virum Professorem in hac Academia, qui cum uxore talem prolium unionem instituere cupiens, Embdam profectus, illic eam instrumento publico celebravit. Quæ an juris effectum in Frisia, si in controversiam vocata fuisset, habere potuisset, judicandum foret ex iis, quæ de *Conflictu jurium in diversis Imperiis*, collocavimus *ad titulum de Legibus part. præcedente pag.* 24. & *seqq.*

6. (e) Porro liberi naturales, qui per matrem solam junguntur, succedunt invicem, quia respectu matris nihil differunt a legitimis, ut diximus ad *d. Nov.* 118. *pos.* 18. de spuriis idem sub limitatione *posit.* 19. *ibid.* de reliquis nefariis idem heic puta, quod dix. *ibid. posit.* 21. Adde Rittershus. ad Nov. *part.* 7. *C.* 15. *n.* 1. & *seqq.*

(d) *Pos.* 7. 8. & 9. *tit. præced.* (e) *Pos.* 10. *tit. Præced.*

LIB. XXXIX. TIT. I.

De Operis novi Nunciatione.

I. Continuatio, quid Nunciatio & quotuplex. II. Qui jus habeant nunciandi. III. Ob quas servitutes. IV. Cui possit nunciari. V. Materia nunciationis. VI. Modi & tempus. VII. Effectus nunciationis. VIII. Quibus modis tollatur. IX. De restitutoria, Interdicto &c. X. Usus tituli hodiernus. XI. De modis tollendi nunciationem mos hodiernus.

(a) POstquam Imperator de Successionibus testamentariis & ab intestato, universis & singularibus, sat prolixe egit, nunc transit ad alia remedia; prout in Edicto perpetuo occurrebant. Et primo quidem est actio, quæ datur ex Nunciatione novi operis, quando quis in alterius præjudicium ædificare instituit, cujus rei sunt frequentissimæ quæstiones in civitatibus & pagis arctius habitatis. Est autem Nunciatio Operis novi, nihil aliud quam legitima prohibitio facta ædificanti, ut ab opere cœpto desistat, donec satisdet, vel remissio fiat. *l.* 1. *pr. l.* 8. §. 4. *l.* 20. *pr.* & §. 1. *h. t.* Estque vel Publica, vel privata. *d. l.* 1. §. 16. & 19. *h. t.* Publica datur cuilibet civium, juris publici tuendi causa. *l.* 3. §. *ult. l.* 1. §. 17. & *l.* 5. §. 9. *h. t.* Privata est, quæ datur ei, ad quem res pertinet, juris sui conservandi, aut damni depellendi causa. *l.* 1. §. 19. *h. t.*

2. (b) Jus nuntiandi in publica causa, habent omnes cives, quia Reipublicæ interest, quam plurimos ad defendendam suam causam admittere, *l.* 3. §. *ult. h. l.* 4. *h.* si nempe sint idonei, quales non sunt mulieres & pupillus, nisi res privatim ad ipsos pertineat, *arg. l. 6. de Popul. action.* interveniente tum scilicet tutoris auctoritate. *arg. d. l.* 6. & *l.* 5. *in pr. h. t.* Idem de muliere. *arg. l.* 1. §. 5. *de postul. l.* 54. *de Procurat.* Minor nunciare posse videtur, modo major sit septemdecim annis. *arg.* §. 5. *Inst. Ex quib. caus. manum.* & §. 7. *eod. tit.* & *l.* 1. §. 3. *de Postul.* In concursu præfertur is qui maxime idoneus, aut cujus magis & propius interest, ut de causis popularibus proditum est in *l.* 2. & *l.* 3. §. 1. *de Popul. act.* In privata, ut dictum, nunciandi jus datur ei, ad quem res pertinet, *l.* 1. §. 19. *h. t.* idque propter dominium, vel servitutem, *l. un.* §. 3. *de Remiss.* adde Pignus. *l.* 9. *h. d. l. un.* §. *ult.* Socio in communi ædificanti, socius non nunciat, ne quidem si propriæ ipsius insulæ noceatur, sed eum prohibere potest communi dividundo judicio, vel per Prætorem dumtaxat. *l.* 3. §. 1. 2. 3. *h. t.* Si plures sunt socii, necesse est, ut singuli nuncient, quia fieri potest ut alter habeat, alter non habeat jus prohibendi. *l.* 5. §. 6. *h. t.* Superficiario & emphyteutæ Nunciatio conceditur, *l.* 3. §. 3. *h. l.* 16. *de Servit. l.* 1. *in fin. Si ager vectig.* ut & Vasallo, 2. *Feud.* 8. *pr. vers. rei autem.* nec non Creditori, qui pignori fundum accepit, *l. l.* 16. *de Servit. l.* 9. *h. l. un.* §. *ult. de Remiss.* quod dicere occupavimus. Denique, Tutores & Curatores nomine pupillorum & minorum posse, non est dubium, *l.* 7. §. 1. *h.* servus non po-

(a) *Pos.* 1. 2. & 3. (b) *Pos.* 4. 5. 6. & 7.

potest. *l.* 5. §. 1. Inquilinus, Colonus, de jure non possunt, *l.* 3. §. 3. *h.* nisi utilitatis causa, locatoris absentis nomine. *arg. l.* 11. *pr. l.* 13. §. 7. *Locat. l.* 18. §. 1. *de Judiciis*.

3. Sed an ob quaslibet servitutes nunciare licet? Dic, Non nisi ob prædiales, † quæ hoc nomen stricte sibi vindicant. §. 9. *Inst. de Legat. l. un.* §. 3. *de Remissionibus*.

N. ADDIT.

Bene quod jam correxerit Auctor positiones, in quibus dixerat, non ut hic, quod ob omnes prædiales servitutes detur N. O. N. sed quod ob solas rusticas. Quare adjeceram in Scholio hic omisso: Quo argumento auctor hanc sententiam ex §. 9. Inst. de legatis *probare velit, equidem nulla cogitatione assequi valeo, & contrarium, quod etiam ob urbanas servitutes liceat nunciare novum opus, non solum probatur ex generalitate verborum in* d. l. un. §. 3. de remiss. l. 6. §. fin. si servit. vindicetur. *sed & per clarum textum in* l. 15. de S. P. U. *ubi ei, qui servitutem, ne luminibus officiatur, habuit, potestas nunciandi conceditur?*

Imo qui habet viæ servitutem, nunciare nequit. *l.* 14. *h.* Resp. is, qui viam habet, domino ibi nunciavit. Etenim Julianus *l.* 14. auctor, in *l. un.* §. 4. *de Remiss.* idem observari vult in omnibus servitutibus, quod dixerat in usufructu, at de fructuario monuerat, eum domino inutiliter, extraneo utiliter nunciare. *d. l. un.* §. 4. *de Remiss. l.* 2. *h. t.* Ergo & in servitute hæc obtinet distinctio.

SCHOLIUM.

Per d. l. 14. *motus Strauch.* XXIII. 4. *in alterum extremum lapsus, ob solas urbanas servitutes novum opus nunciari posse arbitratur, secutus, ut videtur, alios a Wissenbachio* h. t. th. 3. *recensitos. Sed responsio Auctoris ad hanc* l. 14. *uti Julianum ex Juliano explicat, quod interpretandi genus optimum est, ita habes quod regeras Wissenbachio* d. l. *expositiones omnes hujus textus stringenti.*

Sed fructuarius non nisi procuratorio nomine nunciat, *l.* 1. §. *ult. h.* utilem enim servitutum vindicationem non habet. *l.* 1. *pr. & l.* 5. §. 1. *Si usufr. pet.* Adde quæ dix. *ad tit. D. Si usufr. pet. n.* 2.

4. (c) Quod ad Personam Nunciatam, non requiritur, ut soli domino fiat, sed sufficit, ei factum esse, qui in re præsenti operisve, nomine domini invenitur, veluti Servo, Mulieri, Puero, Puellæ, Fabro, Opifici, similibusque, *l.* 5. §. 1. 2. 3. modo talis sit qui intelligat, *l.* 11. *h.* ut domino possit renunciare, *l.* 5. §. 3. *h. t.* tametsi dominus ille sit furiosus vel infans. *l.* 10. & 11.

Quin si domino non fuerit renunciatum, nihilominus obligabitur; nam etiam adversus absentes, invitos & ignorantes procedit Nunciatio, *l.* 1. §. 5. *h. t.* hæc ideo, quia in rem fit, *l.* 10. *h.* & dominus sibi imputare debet, si damno afficiatur, quod de jure suo necdum certus ædificaverit, hominesque negligentes operi adhibuerit. *arg.* §. 3. *Inst. Quib. mod. re contrah. oblig. l.* 7. *pr. Naut. Camp. Stab.*

SCHOLIUM.

At quid hæc ratio sibi vult? Sane etiamsi dominus diligentissimos operarios adhibuerit, nunciatio tamen procedet. Puto, auctorem respexisse ad eum casum, si nunciatio facta fuerit illi personæ quæ domino id non renunciaverit, & ita Dominus pergendo ædificare damnum passus fuerit, dum postea ædificium rursus destruere cogitur.

5. (d) Materia Nunciationis, sunt Opera, non perfecta & certa, sed incerta, imperfecta, *l.* 1. §. 1. *h.* non præterita, (de iis enim datur Interdictum Quod vi aut clam) sed futura, quæ nondum facta sunt, *d. l.* 1. §. 1. *h.* sive inchoata sive nondum cœpta, de quibus tamen suspicio non vana sit, ædificatum iri. Schotan. *in exam. ad h. t. arg. l.* 1. §. 8. *l.* 20. §. 2. *h. & l.* 15. *h.*

6. (e) Modi nunciandi sunt tres, *l.* 5. §. 10. *h.* quorum sit primus publica auctoritate, quia publice per personam publicam; reliqui duo privata perficiuntur, quia per quemlibet privatum fiunt, nec habent necessariam Prætoris aditionem. *l.* 1. §. 2. *h.* Publica auctoritate nunciatur per Prætorem, cum is, qui vult nunciare, implorat officium Prætoris, ut ipse per apparitorem prohibeat. *d.* §. 10. Treutl. *ad h. t. th.* 2. *in fin.* Bachov. *ad eund. lit. E.* Privata auctoritate nunciatur vel per Manum, sive per jactum lapilli, vel per Nunciationem in specie dictam. *d. l.* 5. §. 10. Per Manum facta videtur, cum quis manum opponit operi ac lapillum ex ipso opere vel aliunde sumptum, jactat in opus controversum, prohibendi gratia. *l.* 20. §. 1. *Quod vi aut clam. l.* 5. §. 10. *h.* Nunciatio in specie dicta, constat nudis tantum verbis, neque interest quibus, modo claris, quæ in se prohibitionis vim contineant. *d. l.* 5. §. 10

SCHOLIUM.

Dissent. Strauch. XXIII. 4. *solam nunciationem, quæ verbis fit, agnoscens, reliquos vero mo-*

(c) *Pos.* 8. & 9. (d) *Pos.* 10. (e) *Pos.* 11. 12. & 13.

modos ad prohibitionem, quæ nunciationi opponatur, referens. Cæterum est lusus in terminis. Nam nunciatio etiam late accipitur, ut reliquos modos sub se comprehendat, arg. L. 1. pr. §. 2. l. 16. h. t. *De usu horum modorum, confer.* Struv. h. th. 3. Wissenbach. th. 8.

Est & extraordinarius nunciandi Modus, vel instar ejus, cum per actionem negatoriam, vel communi dividundo, aut similem, effectum nunciationis consequimur. Nam si hac actione contra vicinum ædificare volentem experiar, isque se non defendat, jubetur a judice cavere, non prius se ædificaturum, quam ultro egerit, ac confessoria actione probaverit, jus altius tollendi sibi esse. *l.* 15. & *l.* 3. §. 1. *in fin. h. t.* Wissenbach. *ad h. tit. th.* 10.

(f) Hoc autem in his modis interest: Nunciatio simplex adversarium, cui nunciavimus, facit possessorem, reliquæ tuentur nobis possessionem. *l.* 5. §. 10. *h.* Itaque si in suo nunciatus quid faciat, quod nobis noceat, simplici Nunciatione prohibendus est; quod si in nostro, vel per Prætorem, vel per Manum præstat. *d.* §. 10. Præterea, qui suo nomine nunciant, jurant se non calumniæ causa opus nunciare, hocque juramentum iis, Prætore auctore defertur, *l.* 5. §. 14 *h.* qui alieno nomine nunciant, satisdant rem ratam Dominum habiturum, etiamsi veri sint procuratores, *l.* 5. §. 18. *h.* non tamen, si sint certi; tales enim satisdare non coguntur. *l.* 65. *de Procur. l.* 1. *C. eod.* §. 3. *Inst. de Satisd.* Ad modum etiam pertinet id, quod diximus *ex l.* 10. *h.* quod in rem fiat, ideoque effectum habeat contra nunciatum ejusque successorem. Item in re præsenti, sive opere ipso facienda est Nunciatio, *l.* 5 §. 4. *h.* ut confestim ab opere discedi possit. Hinc domino in foro facta, nullius est momenti adversus opus, quod interim factum est, *d. l.* 5. §. 4. sic etiam, cum pluribus locis opus extruitur, in omnibus nunciandum est, *l.* 5. §. 16. *h.* ut Nuncians locum operis demonstret, si forte non totum opus, sed pars ejus contra dominium vel servitutem ejus fiat. *l.* 5. § 15. *h.* Recte quoque faciet, ut constet, quid post Nunciationem factum sit, si opus factum in testationem referat. *l.* 8. §. 5. *h.*

(g) Denique, omnibus diebus fieri potest Nunciatio, *l.* 1. §. 4. *h.* tam fastis quam nefastis, non tamen die dominico, per *l. ult. C. de Fer.*

S C H O L I U M.

Utique, si ædificans cesset die dominico, quod regulariter facere debet. Cæterum si ipse ædificans ferias divinas operis suis profanet, & ita periculum sit in mora, quin nunciatio & die dominico fieri possit, non dubito.

Et hoc addendum; quamdiu prima Nunciatio tenet, secunda non admittitur. *l.* 13. §. 1. *h. t.* Quod si ædificans nihilominus in nostro ædificare perseverat, prohibendus est vel interdicto Quod vi aut clam, vel Uti possidetis. *l.* 5. §. 10. *h.* vel tenetur Restitutorio, *de quo mox.*

7. (h) Effectus Nunciationis est, quod nunciatus seu jure, sive non jure ædificet, statim post Nunciationem, licet privata auctoritate factam, abstinere debeat ab opere faciendo, *l.* 8. §. 4. *h.* alioqui restituere, hoc est, demoliri debet quod factum est. *l.* 20. §. 1. *h.* Si tamen notorium sit, eum non habere jus, vel etiam non rite fecisse, nec de calumnia jurare velit, impune sperni videtur qui nunciat. *arg. l. pen. ad Exhib.* Bachov. *ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 18. *th.* 1. *lit. B.* Præterea, quoties mora vel dilatio periculum aliquod allatura est, vel publica necessitas opus fieri postulat, *l.* 5. §. 12. *h.* item in reficiendo ædificio, effectu caret Nunciatio. *l.* 1. §. 13. *h.* Wissenbach. *ad h. t. th.* 1.

8. (i) Tollitur, ita ut facta est, Nunciatio, publica vel privata auctoritate. *arg. l.* 35. & *l.* 100. & *l.* 153. *de R. J.* Publica per Remissionem, quæ fit a Prætore, eaque duplex est; una, cum Prætor motu proprio, vel ad petitionem Nunciati, absque causæ cognitione, quia sit manifesta, remittit Nunciationem, *arg. l.* 5. §. 12. 14. *h.* quo casu tamen satisdatio de restituendo, si aliter liqueat, videtur offerenda. *l.* 5. §. 19. *h.* Altera, cum Prætor a partibus aditus utriusque jus summatim cognoscit, ac Nunciationem a privato, vel per seipsum antea factam, quatenus nuncianti jus non est, remittit ac prohibet, *l.* 1. *pr.* & *l.* 16. *h. t.* & *l. un.* §. 2. *de Remiss.* & hæc Remissio proprie est Interdictum illud Remissionis, de quo in *lib.* 43. Cognitio causæ ad Remissionem faciendam vel non, intra tres menses est terminanda. *l. un. C. h. t.*

Privata auctoritate tollitur, vel partium conventione, *l.* 1. §. 10. vel cautione. *l.* 20. §. 11. & *l.* 21. §. 1. *h.* Partium conventione tollitur, cum post Nunciationem paciscor cum adver-

sario

(f) *Pos.* 14. 15. & 16. (g) *Pos.* 17. (h) *Pos.* 18. (i) *Pos.* 19. & *seqq.*

fario, ut liceat mihi opus institutum perficere, *l.* 1. §. 11. *h.* cujusmodi pacto non tollitur Nunciatio publica. *arg. l.* 7. §. 14. *de Pact.*

Cautio interponitur duplex, Satisdatio & Repromissio. Satisdatio est cautio, quæ fit datis fidejussoribus, *l.* 1. *Qui satisd. cog.* boni viri arbitratu, *l.* 5. §. 17. *h.* & offerri potest in omni nunciatione, *d.* §. 17. *l.* 8. §. 4. *l.* 20. §. 1. & *l.* 13. *h. t.* tollitque & publice & privatim factam. *l. un C. h.* Repromissio ab iis fit, qui immobilia possident, *l.* 15. *pr. Qui satisd. cog.* sed tantum in Nunciatione publica. *l.* 8. §. 3. *h.* Cæterum, cautio habet hanc utilitatem, quod remittat vexationem adeundi Prætorem, & desiderandi, ut missa fiat nunciatio. *l.* 5. §. 17.

Præterea, Nunciatio tollitur morte Nunciantis, vel rei alienatione, quia morte & alienatione finitur jus prohibendi. *l.* 8. §. 6. *h.* Rursus morte vel alienatione Nunciati non tollitur, *d. l.* 8. §. *f.* quia Nunciatus in stipulatione, quæ ex hac causa interponitur, etiam hæredis facit mentionem. *l.* 8. §. 7. *h. t.* Ratio autem est, quod Nunciatio a parte nunciantis est personalis arbitrii, quod in alio sæpe aliter se habet; talia vero non transeunt ad hæredes; sed respectu nunciantis in rem fit, non in Personam, nunciatio. *l.* 10. & *l. ult. h.*

9. (k) Præter interdictum de Remissionibus, de quo *supra*, datur Restitutorium, quod perpetuo datur Nuncianti ejusque hæredi & successoribus cæteris, *l.* 20. §. 6. adversus eum, qui opus fecit vel factum ratum habuit, ejusque hæredem ac successorem, §. 7. ad restituendum id quod factum est post Nunciationem, *l.* 20. *pr.* & §. 1. *h.* hoc tamen discrimine; successores tantum patientiam demoliendi præstant, in pœnam non succedunt. *l.* 22. & *ult. h. t. l.* 3. §. 2. 3. *de Alienat. jud. mut. caus.* Nunciatus ipse, etiam suis sumptibus cogitur restituere, *l.* 20. *pr.* §. 1. 3. *h.* vel tantam pecuniam, quanti res est, volenti dabit petitori. *l.* 21. §. 4. *h.* Tertium Interd. est prohibitorium, ne vis fiat ei, qui satisdedit vel paratus est satisdare, & datur hæredi cæterisque successoribus, etiam post annum. *l.* 20. §. 9. 12. 13. 16.

10. Quod ad usum hujus tituli attinet hodiernum: Qui vicinum suo incommodo ædificare putat, ei testato insinuare potest, ne pergat in ædificando. Sed hæc insinuatio, quæ est verbis facta Nunciatio, non habet eam vim, ut Nunciatus desistere vel opus demoliri cogatur; non videtur plus operari, quam quod omnes efficiunt protestationes, ut conservet jus denunciantis, & ne silentium ejus in argumentum consensus trahatur: Unde liquet, effectum Nunciationis, quæ verbis fit, esse obsoletum. Prohibitio per manum, sive per jactum lapilli, ignota est hodie, nisi quod Batavi illam adhuc apud se in usu esse testantur, referente Groenewegio *ad l.* 5. §. 10. *h. t.* Idemque de Gallorum moribus scribit Autumnus *in l.* 1. §. *inde h. t.* Quod tamen ulterius quam ad modum & ritum, non intellexerim; nec enim solo lapilli jactu id, opinor, consequetur Nuncians, ut alter ab ædificando ex continenti desistere, vel exstructa licet jure, restituere, id est destruere cogatur, ut Romæ juris erat. Sed talis effectus haud dubie sequetur ex denunciatione Prætoria, per requisitionem Judicis, cum in jus vocatione ad certum diem facta; Plerumque libellus supplex ædificanti insinuatur, cui additur *Status* quem vocant, sive prohibitio, ne interim pergat in ædificando, sub certa mulcta. Si *status* ejusmodi non addatur, ædificans equidem pergere potest, neque tenetur ad destruendum, seu jure sive injuria ædificet, ut Romæ; sed Judicii eventus expectandus, & si judicatum sit, eum non habere jus, per sententiam destruere jubetur; si jure ædificaverit, ædificatum manet, etiam post nunciationem. Quin etiam omissis Nunciationibus, nihil quam Provisiones istæ amittuntur. Post ædificium exstructum, non prohibetur is, qui damnum inde patitur, ædificantem in jus vocare, & petere, ut ædificata restituat, hoc est demoliatur: modo non in fraudem alterius, cum haberet jus servitutis ædificanti ignotum, malitiose tacuerit. Porro cum *moribus hodiernis* actionum nomina non exprimantur, hæc agendi facultas non negabitur ideo, quod quis alio modo suum jus persequi possit, actione communi dividundo, vindicatione Servitutis, Interdicto Uti possidetis, Quod vi aut clam, vel simili; nec fructuarius quidem excludetur, ut recte monet Groenewegius *ad l.* 3. *h. t.* Potest quoque non modo petitorie, sed etiam possessorie ex omnibus illis causis, si quis ædificando per alium in usu juris sui turbetur, agere, idque vel solenni Interdicto Curiæ, quod apud locum contentiosum a Commissario interponitur, vel in municipiis a Magistratibus eorumve Delegatis, ei curæ, quam κατ' ἐξοχὴν Politiam vocant, præpositis. Quo victus ad judicium

(k) *Pos.* 26. 27. & 28.

dicium petitorium transire potest, ut in loco *de Interdictis* videbimus.

11. Modi, quibus Nunciatio J. Civili tollitur, omnes hodie non creduntur æque usitati. Sed videamus; Remissio Prætoris fit equidem per sententiam in possessorio vel petitorio, aut Rescripto ad libellos partium, si hoc modo disceptaverint. Satisdatione non remitti hodie Nunciationem, nisi causa cognita & decreto judicis, scribit Groenewegius *ad l.* 20. §. 5. *h. t.* Bugn. *de LL. arb. l.* 1. *t.* 141. Autumn. *ad d. l.* 5. *& l.* 20. *h. t.*

Atqui cum nihil sit æquius & civilius, quam ne opera cœpta interrumpantur, quando utrique parti consuli potest; nihil causæ video, cur Jure Civili hac parte standum non sit. Non minus enim hodie locum habet, quam olim, quod ait Ulpianus in *l.* 21. *h. t.* Per satisdationem *utrique consultum est; tam ei qui nunciavit, quoniam cautum habet de opere restituendo; quam ei cui nunciatum est, quia molitio ejus non impeditur. l.* 21. §. 1. *h. t.* Scilicet, quando quis ædificat in suo; nec enim me in possessione mea quisquam prætextu satisdationis turbare potest. Extra hanc causam satisdatio admittenda videtur: Quæ si non admittatur ab adversario, sane decreto Prætoris opus est, quod nescio an velint illi Scriptores; sed tum is, qui non admisit satisdationem, in impensas temerariæ litis damnandus esset. Hæc ita in locis, opinor, ubi Jus Commune viget, quatenus expresse taciteve non est mutatum, etsi forte minus usitatum videatur.

Conventione partium tolli Nunciationem hodieque, non est dubium. Sed morte, vel alienatione ejus qui nunciavit, non extinguitur nunciatio *moribus nostris*, ait Groenewegius *ad l.* 8. §. 6. *h. t.* ubi diserte ita scriptum est; *morte ejus, qui nunciavit, finiri nunciationem, sicut alienatione, quia his modis finitur jus prohibendi.* Ille vero contrarium probat ex *l.* 20. §. 6. *&* §. *ult. h.* quibus locis habetur, Interdictum de restituendo, perpetuo dari & hæredi cæterisque successoribus competere. Atqui hoc non est Jus cum moribus, sed Leges cum Legibus conferre, & antinomiam arguere; Sed parum abest, quin non intellexerit jus, ut videtur, ille Juris Censor. Interdictum de restituendo datur Hæredibus & Successoribus, adeoque post mortem nunciantis & post alienationem, a quo diversa est ipsa nunciatio. Pone Speciem; Qui nunciavit, est mortuus, antequam nunciatus quidquam struxerit, aut res alienata est. Postea nunciatus ædificavit; non tenetur, quia morte nunciantis finita est Nunciatio. Rursus, Post nunciationem perrexit in ædificando. Mortuus est nunciator, aut res alienata deinceps: Ædificans tenetur ad restituendum, *d. l.* 20. §. 6. *& ult.* quia non quæritur jam de simplici meraque Nunciatione, sed de effectu ædificationis contra Leges, & restitutionis; Quæ sunt actus palpabiles circa rem ipsam. Hinc judicari potest de sequentibus Groenewegii, *Non obstat*, ait, *quod his modis*, morte nunciantis, & alienatione, *finitur jus prohibendi in persona ejus qui nunciavit. d. l.* 8. §. 6. *Nam* pergit ille, *qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. l.* 177. *de R. J.* Procedit hoc in realibus, cujusmodi restitutio ædificatorum, non in personalibus, ut antea meram nunciationem considerari diximus. Hactenus de jure Civili. Sed quod Groenewegius concludit; *Igitur Successores citandi sunt ad reassumenda armamenta causæ*, censeo locum in Foro habiturum, quando Nunciatio judicialiter est facta, cum in jus vocatione. Si vero nihil evenerit quam Nunciatio, sive insinuatio simplex, eamque secuta sit mors nunciantis aut alienatio; potest equidem Hæres aut Emptor repetere nunciationis insinuationem, & exequi litem; si vero non repetierit nunciationem, neque lis adhuc inchoata fuerit, existimo, ædificantem impune in opere pergere posse, ut fit: Readsumptio, de qua Groenewegius, habet locum post judicium inchoatum: Nos autem de effectu simplicis nunciationis agimus, in qua non videtur hactenus discrimen Juris & Moris esse quærendum.

In eo potius differentia esse videtur; quod Jure Civili morte nunciati non finitur Nunciatio, id hodie de nunciatione facta verbis, aut per jactum Lapilli, quem ritum superesse dicunt in Hollandia, non potest habere locum; quia tales actus non habent alium juris effectum, quam protestationis, ut *supra* indicatum est; Rursus de lite nunciationis causa inchoata, sine dubio valet; haud aliter quam modo de hærede nunciantis dictum est. Ut tandem omnia in hoc resolvantur: Nunciationem judicialiter cum in jus vocatione factam, quæ sola nunc habet juris effectum, non finiri alienatione, neque morte nunciantis aut nunciati, quin a successoribus readsumi possit. Hanc autem committere non debuit Groenewegius cum textibus juris, qui de genere nunciandi diverso, quod hodie non habet juris effectum, loquuntur.

T I T. II.

De Damno infecto, & de Suggrundis, & Projectionibus.

I. Quale hoc remedium. Actio quae datur ex illo. II. Quid si non caveatur; ubi de missione ex primo & secundo Decreto. III. Casus, quibus cessat. IV. Usus tituli.

(a) DAmnum infectum, est damnum nondum factum, sed quod futurum veremur *l. 2. hic.* De eo sic agitur: Qui damnum ab aedibus vicini ruinosis metuit, petere ab eo potest, ut sibi eo nomine caveat: modo se non calumniae causa id petere juret. *l. 7. in pr. h.* Cautio fit per repromissionem, quia domus est loco pignoris; nisi quis nomine alieno caverit, tunc enim fidejussione firmari debet. *d. l. 7. pr.* Bonae f. Possessor repromissione defungitur. *l. 13. pr. h.* Actio inde nascitur ex Stipulatu ad reparationem damni, intra tempus, quod adjici solebat, accidentis. *d. l. 13. §. f. l. 15. pr. & l. 24 §. 3. h.*

2. (b) Domino, ut oportet, non cavente, Praetor adversarium ejus in possessionem ex primo decreto mittit, dominoque in contumacia perseverante, etiam possidere secundo decreto jubet. *d. l. 7.*

Missus ex primo decreto, in possessione tantum est custodiae causa. *l. 3. §. ult. de Adquir. poss.* Ex secundo decreto missus, pro domino possidet, imo dominus constitui dicitur, *l. 15. §. 16. h.* & rem vindicare potest. *l. 7. §. 9. Comm. div.* Denique, haec missio dicitur alienatio non voluntaria. *l. 1. pr. de Fund. dot.*

Contra, per longi temporis possessionem adquiri hoc casu dominium, scriptum est in *l. 5. pr. & l. 15. §. 16. h.* Et ex *l. 12.* discimus, eum, qui missus est ex secundo decreto, comparari cum creditoribus, qui certe non sunt domini. Unde liquet, verum & irrevocabile dominium, non nisi post longi temporis possessionem adquiri; quanquam aliqui effectus dominii, respectu tertii, ex secundo decreto proficiscuntur.

Datur & actio in factum, de damno dato, si missus in possessionem non fuerit admissus, *l. 15. §. f. & l. 17. §. 3.* quae est perpetua. *l. 17. §. 3. h.*

(c) Cautione prius non interposita, dominus aedium de damno ruina dato non tenetur nec quidem cogi potest, ut rudera tollat, si omnia pro derelicto habeat, *l. 6. h. t.* quod temperandum, nisi ex justa causa non potuerit exigi cautio. *l. 9. in pr. h. t.*

3. (d) Cessat actio damni infecti, quoriescunque alia actione damnum datum sarciri potest. *l. 32. sub. fin. hic.* Item si quis in suo quid jure suo facit, *l. 24. §. ult. & l. 26. hic.* si vitium sit naturale, aut vi ventorum contigerit. *d. l. 24. §. 2. §. 3. 4. 5. §. 9. §. 10. & l. 43. hic.*

(e) In Rubrica est etiam de suggrundis & de projectionibus, de quibus dix. *ad tit. de Servit. urb. praed.* de quibus heic ideo agitur, quia maximus damni infecti metus est ab ejusmodi prominentiis.

(f) 4. Moribus hodiernis hunc Titulum exolevisse, neque cautionem exigi, nec missionem in possessionem concedi, tradunt. Autumnus, *Confer. ad l. 4. §. praetor. h. t.* Groenewegius *ad h. t.* Verum adversus non caventem de damno infecto, protestandum esset, quae protestatio cautionis vicem obtineat. In Saxonia tamen hujus Tituli usum non esse abolitum, * nec inusitatum, scribit Thomasius ad *posit. 8. h. t.* ** Apud nos sententiam hujus Edicti usu frequentari, vix animadvertere datum est. Plerumque domini aedium ruinosarum sunt inopes, & vicini non solent eas tanti facere, ut per multas juris ambages ejusmodi aedificiis potiantur. Ideoque ita fere accidit, ut Magistratus illis manus injiciant, &, si dominus contumaciter absit, nec ad reparandum cogi possit, vendant domus cum onere eas reparandi. Vid. Ant. Matth. 1. *de Auction. c. 5. n. 9. & c. 19.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. 4. & 5. (c) *Pos.* 7. (d) *Pos.* 6. (e) *Pos.* 9. (f) *Pos.* 8.

* Non est tamen injusta apud nos missio, quae ex primo, nec quae ex secundo decreto fit, Wesenb. *in Paratitl. tit. d. damn. inf.* in f. j. Schilter. *ad ff Ex.* 41. §. 37. de poenis contumaciae actum est *P. II. p.* 90.

** Additur Ill. Mencken. in *Theor. & Prax. D. h. p.* 1045. *seqq.* qui ibidem observat, jure hodierno apud eum, qui inferiorem Jurisdictionem habet, hanc civilem causam tractari debere, per *Landes Ordn. d. An.* 1555. *tit. was zu Ober, und Nieder-oder Erb-Gerichten gehorig. §. und. alle.* quamvis jure civili delegatio majoris magistratus intervenerit. *l. 1. & 4. §. 1. h.*

c. 19. *n.* 60. Non dubito tamen, quin apud nos, si quis tanti æstimet domum ruinosam a domino desertam, missionem in possessionem, si velit, impetrare possit; aut si dominus solvendo sit, verum contumaciter reficere nolit, quin hoc casu jure civili experiri posset, per regulam generalem; *Jure, quod Statutis, aut diverso rerum statu non est sublatum, nil prohibet uti.*

TIT. III.

De Aqua & Aquæ pluviæ arcendæ.

I. Prima pars Rubricæ de Aqua. II. Actio de Aqua pluvia arcenda explicatur. III. Quibus casibus cesset. IV. Usus Tituli.

Rubrica videtur indicare duas partes, ut prior contineat observationem de Aqua; veluti jus aquæ non posse alicui concedi, nisi consentiant omnes, qui jus Aquæ habent, & domini, licet ea non possint uti. *l.* 8. *& sequ. h. t.* Adde *l.* 11. *l.* 17. *pr. &* §. 1. *l.* 18. §. 1. *& l. ult. h. t.* Item ne aqua ducatur ex flumine navigabili, *l.* 10. §. *ult.* neque per viam publicam, sine permissu Principis. *l.* 18. Altera pars agit de Aquæ pluviæ arcendæ actione.

2. (a) Hæc actio datur domino fundi, qui ex opere manu facto in vicini fundo metuit damnum ex aqua pluvia, adversus dominum loci, in quo factum est; in id, ut opus restituat, hoc est, tollat quod factum est, *l.* 1. *pr. &* §. 2. *h.* estque personalis, non in rem actio. *l.* 6. §. 5. *h.* Et quidem suis impensis restituit, si illud fecit, aut facere curavit; impensis actoris, si nulla sit in culpa, *l.* 11. §. 2. §. *fin. & l.* 12. *eod.* una cum damno & eo quod interest, quod ea occasione post litem contestatam accidit. *l.* 11. §. 3. *& l.* 14. §. 2. *hic &* Cujac. *in pr. eod.* Si colonus fecerit, dominus tantum patientiam tollendi præstat, colonus impensas, *l.* 4. §. 2. idemque juris est, si procurator ignaro domino fecerit. *d. l.* 4. §. *ult.* Transit autem hæc actio ad sequentem possessorem, etsi opus antea factum sit. *l.* 4. §. 1. Si aqua de cœlo non veniat, interdicto quod vi aut clam agendum *l.* 3. §. 1. *h.* juncta *l.* 5. ubi & colonus eodem remedio tenetur; Interdictum enim istud utile est, ubi termini hujus actionis deficiunt. Sic & fructuariis idem datur, aut etiam utilis hæc ipsa actio, si quod vi aut clam, minus conveniat. *l.* 22. *pr. h.*

3. (b) Cessat hæc actio, si opus publice sit factum, *l.* 2. §. 3. si ad fructus colligendos, *l.* 1. §. 3. *&* 7. si vi servitutis sit structum, *l.* 2. §. *ult.* quo pertinet, si a tempore immemoriali opus steterit. *d. l.* 2. §. 3. Si quis in suo quid fecerit, quod per consequentiam noceat vicino, *l.* 1. §. 11. *&* 12. *h.* absque animo scilicet maligno. *d.* §. 12.

4. Et quidem hujus Tituli usus frequens est, in his præsertim regionibus aqua pluvia plerumque restagnantibus. Nisi quod discrimen inter hanc Actionem & Interdictum Quod vi aut clam, non attenditur in Foro, nominibus actionum nullo usu a se invicem distinctis.

TIT. IV.

De Publicanis & Vectigalibus & Commissis.

I. Continuatio. II. De publicanis & eorum insolentia. III. Quomodo teneantur. IV. De vectigalibus; a quo constituantur, quibus rebus imponantur. V. Quomodo percipiantur. VI. An mulier possit conducere vectigalia. VII. An filiifam. possint. VIII. De Commissis, ratio nominis. IX. Rigor eorum. X. Quatenus ad heredes transeat actio.

Placuit Auctoribus Artis, hunc titulum, ad jus publicum maxime pertinentem, heic loci collocare, propter Edictum Prætoris, quod est heic *in principio*, & quod in Edicto perpetuo reliqua Prætoris Edicta secutum est. Rubrica se distinguit in tres partes, De *publicanis*, de *vectigalibus*, *& de Commissis*.

2. Sunt autem publicani conductores vectigalium,

(a) *Pos.* 1. 2. *&* 3. (b) *Pos.* 4.

galium, *l.* 1. §. 1. *h.t.* aliter Redemptores, *l.* 60. §. *pen. Locati.* etsi proprie Redemptor sit, qui *faciendum* aliquid, ut templum vel porticum, aut *præbendum*, ut annonam exercitui, conduxit, auctore Festo. Publicani autem erant Mancipes, vel prædes eorumque socii. Mancipes, qui immediate a Fisco conducebant, quia *manu* sublata conductores se profitebantur, quasi manu caperent conductionem. Prædes erant sponsores mancipum, etsi manceps etiam Præs vocatur, ut Festus scribit. Socii reliqui, in partem quæstus, vel jacturæ, a mancipibus & prædibus recipiebantur, ut idem Festus. Hæc eodem fere modo hodieque se habere videmus. Principes autem publicanorum, erant ut plurimum equites Romani, ut ex Ciceronis epistolis & aliunde *passim* liquet. Hi deinde aliis, singulorum locorum vectigalia sublocabant, qualis redemptor pontis *d. l.* 60. §. *pen.* (a) Iidem quoque publicani dicebantur, in Evangelio τελῶναι; de quibus inprimis accipiendum, quod Ulpianus in *l.* 12. *h t.* scribit. *Quantæ audaciæ, quantæ temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat.* Nam publicani Principes & Romani equites honestiores fuere, quam ut illis probra in Evangelio & in *l.* 12. imputata, convenire videantur, aut etiam verba *Suidæ*, qui adscribit illis πεπαῤῥησιασμένην βίαν, *Vim libertate quidvis dicendi præditam*; Ἀνεπιτίμητον ἁρπαγὴν, *Rapacitatem inreprehensam*; Ἀναίσχυντον πλεονεξίαν, *Impudentem avaritiam*; Πραγματείαν λόγον μὴ ἔχουσαν, *Negociationem, cujus ratio non redditur*; Ἀναιδῆ ἐμπορίαν, *Inverecundam mercaturam*, quæ Græce aliquanto fortius exaudiuntur.

3. (b) Porro si quid Publicani, hoc est, vectigalium Conductores, per vim exegerint illicite, in quadruplum; si sine vi, in duplum tenentur, & extra ordinem plectuntur, *l.* 1. & *l.* 9. §. 5. quæ actio talis est, ut restituendo ante litem contestatam, publicanus pœnam evitare possit. *l.* 1. §. 4. & *l.* 5. *h.* Nisi actione de vi bon. rapt. conveniatur, quæ simpliciter in quadruplum est. *l.* 1. §. 4.

4. (c) Hæc est prima pars Rubricæ. De vectigalibus est altera. Sunt autem proprie vectigalia, præstationes impositæ rebus, quæ invehuntur aut evehuntur, portoria dicta, quo pertinent species enumeratæ in *l.* 16. §. 7. *h.t.* Sed generalius quælibet præstationes, etiam agris & pecudibus imposita tributa, *l.* 1. & *seqq. C. de exact. tribut. l.* 1. *C. de Ann. & tribu.* *Vectigalia* dicuntur, ut est Scriptura, quam Pastores, & Decuma, quam aratores solvebant. Pacius *hic n.* 3. Jus constituendi vectigalia, merito inter jura Majestatis refertur. Non Præses Provinciæ, non Curia Civitatis sine Imperatoris, aut ejus qui summam potestatem habet consensu, ea constituere, reformare, iis addere, vel diminuere potest. *l.* 10. *in pr. h.t.* Imo in plerisque locis, ne Reges quidem & Summi Principes hoc jus soli habent. Quippe cum pecuniæ cuncta pareant, Populi, quibus non est animus infinitæ Principum potestati atque libidini se dedere, dant operam, ne Principes sine populi procerumve consensu vectigalia imponere possint; Quod hi suum consensum ab aliis boni publici postulatis suspendere queant. Sed hæc aliaque ad juris publici politicesve disciplinam pertinent. Jure civili præstantur vectigalia non propter quaslibet res, sed de quibus id est expressum, agris, pecudibus, mercibus, quibus homines facilius carere possunt, quales enumerantur in *d. l.* 16. §. 7. Nam de rebus necessarii usus, maxime victus causa paratis, vectigalia solvi, moris apud veteres non fuit. Laus hujus inventionis nostro seculo debetur; Italiæ Principibus primum, dein ad aulam Gallicam, inde ad Germanos Principes nihilo sequius progressa, ne liberis quidem populis neglecta: quas inter Belgæ ad tuendam libertatem, in se ipsis exigendis omnium ferme acrimoniam superarunt, ac ita libertatem auream & inæstimabilem esse demonstrarunt: Ut nihil fere sit relictum humanis inserviens usibus liberum, & vectigalis expers. Immunis scil. nemo est, nisi fiscus, *l.* 9. §. *ult.* exercitus, §. *pen. ibid.* & præsides provinciarum, de his, quæ ad ipsorum usus sunt necessaria; * sic tamen, ut manu sua publicanis indicare debeant, quid acceperint, *l.* 4. §. 1. *h.t.* quo modo & olim immunitas hujus Academiæ Franequeranæ exercebatur.

5. Perceptio vectigalium fit vel per collectores, aut Quæstores ad hoc a Republ. constitutos, vel per Redemptores sive publicanos, de

(a) *Pos.* 2. (b) *Pos.* 1. (c) *Pos.* 3. 4. 5. & 6.

* *Sic Ref. Grav.* 1661. *tit. von Commer- und Rent Sachen. gr.* 9. eos, qui in Sax. El. feuda possident, ratione earum, quæ in familiæ usum advehunt, vel ex fructibus in feudo natis transferunt venumque exponunt, a vectigalibus declarat immunes, modo exhibeantur eorum attestata, *die Frey-Pass-Zettel.* j. Strav. *Obs. Feud. c.* 11. *Obs.* 2. Schultz. *Syn. Feud. c.* 7. *n.* 150.

de quibus dictum. Collectio fieri solet in Tributis, quæ facilem habent explicationem, ut est census bonorum, agrorum, domuum, quæque viritim fiunt contributiones. Sed quæ difficiliorem habent exactionem, locari solent mancipibus & prædibus. Neque tamen his ipsis collectio permittitur, sed Respublica nihilominus habet collectores suos, a quibus vectigalia exiguntur, donec expleta sit summa Fisco promissa; Reliquum est pro publicanis: Qui, si quid desit, de suo videlicet, hoc supplere coguntur, aut luere in pelle, si non habeant in ære, quam Regulam in delictis receptam, *l. 1. §. ult. de Pœn.* ad publicanos utilitas publica fere produxit.

6. Conducere autem possunt vectigalia, qui non prohibentur; quales sunt debitores fisci, & inprimis reliquatores vectigalium, nisi priora debita solverint, aut datis sponsoribus de illis abunde caverint. *l. 9. §. 2. & 3. h. t.* Tutores & Curatores, antequam rationes reddiderunt. *l. un. C. Ne Tut. vel Cur. vectig.* Rationem reddimus ad *tit. Inst. de Excusat. Tut. n. 2.* Mulieres non prohibentur, quod constet; Imo Moschis mulier debitrix fisci ex causa vectigalium memoratur in *l. 47. de jur. Fisc.* quod tamen de modico vectigali privatim locato capiendum videtur. Nam ut publica locatione mulier fiat manceps, & præsit vectigalibus exigendis, procul nimis a sexus verecundia & juris Romani disciplina recedit. *arg. l. 2. de R. J.* Arcetur mulier a publicis cœtibus, *l. 1. §. 5. de Postul.* non poterat argentarii munere fungi, *l. pen. de Edend.* quod non magis erat publicæ occupationis, quam conductio & exercitio vectigalium. Non erret igitur, qui sic sentiat; Regulariter mulieres non posse vectigalia conducere, ut publice ab illis exerceantur; Non prohiberi tamen penitus, si qua sint exigua certi loci, & modicæ occupationis. Aliter D. Wissenbach. *ad h. t. th. 21.*

7. Idem Filios familiarum vectigalia conducere posse, negat *ibidem* argumento prope minus idoneo, quam quo de mulieribus adfirmativam probavit. Ulpianus in *l. 3. in pr. de SC. Macedon.* negat, privilegio Senatus Consulti esse locum in eo, qui publice Paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, unde subjungit *in §. 1.* cessare SCtum in filiofam. qui vectigalia conducta habebat. Inde colligunt, filiumfamilias non posse vectigalia conducere. Minus valide; Nam primo narrat Ulp. filiosfamiliarum extitisse, qui vectigalia conducta haberent; cum de mulieribus, una sola Moschis debitrix e conductione vectigalium referatur in *d. l. 47.* Si exemplum Moschidis, quæ tantum fuit debitrix e vectigalibus, probet hanc thesin, mulieres posse publicanos esse; quanto magis ad hoc valebit, quod filiifamilias extitere, qui vectigalia conducta habebant? Præsertim quia filiisfam. majoribus annis 25. nihil obstabat; quatenus constat, patriam potestatem in publicis causis non esse impedimento. *l. 9. de His qui sui vel al. jur.* Et de filiisfamiliarum est regula, quod ex omnibus causis æque obligentur, ac patresfamiliarum, *l. 39. de O. & A. & l. 57. de Judic.* possunt igitur filiifamilias conducere vectigalia, minusque illis obstat quam mulieribus; Attamen non solitos, quamdiu extant in patria potestate, tantis se miscere negotiis, arguit Ulpianus in *d. l. 3.* nec aliter se rem hodieque habere, docet usus magister. Dissent. D. Wissenb. in *d. th. 21.*

8. (d) Tertia pars tituli est, de Commissis. Proprie Commissum heic est factum, quo quis impegit in legem de vectigalibus. Suetonius in *Calig. vectigalibus inditis neque propositis, cum per ignorantiam scripturæ multa* COMMISSA *fierent. c. 41.* Ulpianus, *Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. l. 14. h. t.* Ratio nominis est, vulgata locutio, committere in legem, *l. 39. ad L. Jul. de adult. l. ult. de lege Commiss.* committere in pœnam, *l. 23. §. 1. de Recept. qui arbitr. l. ult. in fin. Quod quisque juris in alt.* Sæpe etiam sine præpositione; *committere multam,* Cicero *pro Cluent.* committere Edictum, id est, facto aliquo incidere in pœnam Edicti. *l. 8. §. ult. l. 10. §. 4. de bonor. poss. cont. tab. & l. 126. de Legat. 1.* Quin etiam res, quæ in pœnam commissi publicantur, concisa dictione *committi* dicuntur; committi in publicum fundus, *l. 17. §. ult. ad Sc. Vellej.* prædia, *l. 13. de Negot. gest.* homo committi Fisco, *l. 2. C. Si serv. export.* commissis mercibus. *l. 11. §. 2. h. t.* Plena locutio est, pro commisso teneri, publicari: Quintilianus; *Quod quis professus non est apud publicanos, pro commisso tenetur. Declam. 342.* Cedunt igitur Commissa Fi-

(d) *Pos. 7.*

Fifco, * ut dictum, vel eis, qui jus Fifci jure conductionis habent. *l.* 11. *C. de Vectigal.* In quibus locis nihil eft contrarietatis, ut velle videri D. Wiffenbach. *th.* 22. *h.* fcripferam in *pofition.* 7. Sed vindicat Præceptorem noftrum D. Thomafius, in fcholio ad d. *pof.* 7. his verbis; imo non *videtur.* Nam verba Wiffenbachii, *Verum contrarium aperte refcriptum eft &c.* non referenda funt ad immediate præcedentia, fed ad ea, quæ in *pr. d. th.* 22. leguntur, *Primo intuitu &c.* Non contendam in hoc articulo, dixerit hoc tantum D. Wiffenb. Etfi Commiffa Fifco cedant, ac ita publicanis cedere non videantur, contra tamen effe conftitutum.

9. (e) Porro lex de commiffis fatis eft rigida; Neque tantum merces committuntur, fed & navis & quæcunque in ea continentur, licita cum illicitis. *l.* 11. §. 2. *h.* & *l.* 3. *C. de naut. fœn.* Ignorantia vel error a commiffo non excufat; ut tamen fi probabilis fit error, duplo vectigalis defungi poffint. *l. ult.* §. 10. *h.* Minoribus 25. annis errantibus ignofcendum, §. 9. *ibid.* qui vero merces profeffus eft, fed vectigal non folvit, is eft liber a pœna. §. 12.

10. (f) Actio de Commiffo, datur & in hæredes, non quod pœna hæredes affligat, fed quia defunctus dominium vivus jam amiferat; quod proinde per fe avocari poteft, *l.* 14. *h.* ipfum vero crimen fraudati vectigalis & pœna, non tranfit ad hæredes. *l. ult.* §. *pen. h.* conf. *l.* 8. *pr.* Hæres quoque publicani, non aliter quam locupletior factus tenetur. *l.* 4. *pr.* Et plures publicani, feu plures qui profeffi non funt, finguli pro partibus tenentur. *l.* 6. *h.* & *l.* 46. §. *ult. de jur. fifc.*

T I T. V.

De Donationibus.

I. Donationem non effe Contractum, attamen fine acceptatione non valere. II. Poffe tamen acceptationem fieri poft mortem donantis. III. De Conventionibus omnia bona transferendi, non lucrativis. IV. Quid ufu hac de re fiat. V. De perfonis donare prohibitis. VI. De revocatione donationis. VII. De actione in id quod intereft.

(a) Non fuiffe Conditores Artis in ea fententia, quod donatio fit Contractus, ut probatum eft a nobis ad *Tit. Inft. de Donat.* id ex hac quoque methodi ratione colligi poteft, quando procul a contractuum fede, in locum, ubi de variis, quafi per faturam, rebus a contractibus alieniffimis tractatur, hic titulus eft fepofitus: Verum fubtile difcrimen effe, quo donatio a contractibus diftinguitur, cum *prædicto* loco diximus, tum res loquitur. Ideoque in fyftemate Jurisprudentiæ hodiernæ & vernaculæ, non vifum fuit evitandum, quin & Donationem inter Contractus referremus. *Part.* 1. *lib.* 3. *C.* 14. Certe eodem modo illam, quo contractus, id eft utriufque voluntate, perfici, certa res eft. Adeo ut donatarius e declaratione donantis, fi quidem ipfe non acceptaverit, præfens vel abfens nihil adquirat. *l.* 10. *h.* t. Quippe donatio *μονομερῶς ab una parte* facta, non valet, ut docet Cujacius 12. *obf. cap.* 28. idque ad ufum applicat in *confult.* 47. eftque eadem fententia pragmaticorum, quos recenfet Sandius *lib.* 5. *Decif. tit.* 1. *def.* 1. Confequenter, fi donatarius ante acceptationem moriatur, donatio fit caduca, nec ad hæredes tranfmittitur, ut idem ex ratione juris & auctoritate multa probat. Sed recentiores quidam Pragmatici tradunt, hodie donationes abfentibus & ignorantibus factas, fi per Notarium aliumve donatarii nomine fuerint acceptatæ, valere. Groeneweg. ad *l.* 10. *h. t.* laudans auctorem Grotium *l.* 3. *Introd.* 2. *n.* 21. Zypæ, *Not. jur. Belg. de contrah. ftipul.* & alios, etiam Sandium *d. lib.* 5. *tit.* 1. *def.* 1. & hunc quidem male. Scribit enim contrarium his verbis: *Nec fufficit, fi Tabellio donatarii nomine donationem acceptaverit, nifi donatarius ad id ei mandatum dederit, vel id poftea ratum habuerit.* atque *ibidem* Sandius perfpicue refellit Antonium Fabrum, qui inter erro-

(e) *Pof.* 8. 9. & 10. (f) *Pof.* 11. & 12. (a) *Pof.* 1.

* Jure Saxonico Electorali pœnam commiffi obtinere, affirmat Modeft. Piftor, *Vol.* 1. *Conf.* 48. negat Carpz. *P.* 2. *C.* 41. *def. ult.* quoniam in defraudatores telonium mitior quadrupli fcilicet, pœna conftituta. *LR. l.* 2. *art.* 27. Ro- cht. ad *Auth. Habita. C. ne fil. pro Patr. P.* 1. *memb.* 2. ac arbitraria pœna conftit. & lect. inedit. definita fit. [illegible] *Ref. Gr. d. An.* 1661. *gr.* 114. §. *Wenn wir aus. Mand.* El. *d. prohibito exportatione frumenti d. An.* 1661. §. *überdiß foll. App. Corp. Jur. Saxon pag.* 33. *Das Saltz-Liccent- Patent d. Ann.* 1653. *Appell. C.* 3. *pag.* 91.

rores pragmaticorum refert hanc sententiam; quod donatio non obliget, nisi acceptata fuerit, *Decad.* 47. *err.* 1. qui abutantur *l.* 35. §. *sed si quidem* 5. verbis: hoc *facere quod instituit. C. de Donation.* Verissimum enim est, iis verbis non excludi acceptationem; maxime, postquam Justinianus eodem modo perfici donationem quo Emptionem venditionem sanxit. *d. l.* 35. §. 5. *&* §. 2. *Inst. de Donat.* Atque hanc sententiam Curia nostra sequitur, & novissime secuta est in ejusmodi exemplo. Lucius Titius Advocatus, cuidam amico suo patrocinatus erat & dixerat coram testibus, absente amico, se donare salaria sua liberaliter isti amico. Post mortem Advocati, sorores ejus hæredes, amicum illum conveniunt & petunt salaria. Respondebat, ea sibi donata fuisse, & probabat quod diximus; sed non quod ipse, vivo Advocato, donationem acceptasset. Condemnatus igitur est ad solvendum, in *causa A. & B. Feikema, contra Heronem Johannis Apothecarium ante ferias Caniculares* 1681.

2. Dicat aliquis, Acceptatio potest fieri ex *post facto*. Et quidem post mortem donantis a donatario, ita ut donatario quidem sine acceptatione mortuo, hæredes ejus nihil petendum habeant, sed donatore mortuo, donatarius suo consensu donationem perficere potest, quod a Grotio traditum in *lib.* 2. *de jur. B. & P. c. XI. n.* 17. cum ratione juris bene consentit, etsi *ex l. Nec ambigi.* 6. *C. h. t.* quam citat Grotius, non probetur. Quare igitur in superiori exemplo, cum Hero cliens post mortem Advocati donationem salariorum acceptasset, non fuit absolutus? Quia sorores Advocati hæredes, eam declarationem defuncti, quæ adhuc nullam habebat vim obligatoriam, retractaverant. Quod si Hero ante litem motam insinuasset hæredibus Advocati acceptationem suam, puto, condemnari non potuisset. (1) His, qui dissentiunt, donatarius tacite consentire videtur; nemo enim facile dissentiat in causa lucrativa: sed validius est, quod ad adquisitionem opus est actu animi, & ad actum animi, declaratione, ut Grotius *d. cap. XI.* demonstravit: Præter quod sæpe fit, ut aliquis hic & nunc, ab hoc & illo, donationem non agnoscere malit. Dicuntur etiam esse gentes, quæ donationes haud aliter valere patiuntur, quam si traditione impletæ fuerint, neque donatorem ad tradendum cogi posse, quam sententiam Gallis quibusdam & Gelris tribuit D. Voetius, *ad tit. Inst. de Donat. pr. n.* 3. *& ad* §. 2. *n.* 5.

3. Cætera, quæ ad Donationes pertinent, quantum nobis quidem constat, ad *tit. Inst. hujus Rubricæ* executi sumus. Quæ ad definitionem spectant primo; deinceps divisionem, & requisitum Insinuationis, ubi *num.* 5. de Donatione omnium bonorum breviter posuimus, * eam videri non illicitam, ne futurorum quidem & præsentium, quia textus generaliter loquitur in *l.* 35. §. 4. *h. t. & l.* 1. *C. de revoc. donat.* nec solidi quidquam donationi magis obstat, quam oppignorationi hac parte. *l. ult. C. Quæ res pign.* Unica objectio est de facultate testandi, quæ adimi non possit. Sane hac propositione nihil est verius, quod attinet ad declarationem solius Patrisfamilias, qui tametsi juraverit se non facturum esse testamentum, quod tamen fecit deinceps, id valet; quia nemo potest sibi talem dicere legem, *l.* 6. §. 2. *de Jur. codicill.* nec etiam pactis cum alio juri testandi renunciare. *l.* 15. *C. de pact. & l.* 5. *C. de pact. convent.* Sed quominus paterfamilias aliud quid agat, quo per consequentiam testandi facultas intercipiatur, modo in actibus illis nihil sit bonis moribus contrarium, difficile dictu est, quid impediat. Contrahendo æs alienum majus quam in bonis est, dando sese in arrogationem, potest aliquis intervertere testandi facultatem; donando omnia bona præsentia, quod licere non dubitatur, perit testandi facultas his, qui deinde non augent patrimonium, ut palam est evenire sæpissime. Ejusmodi homines non possunt deinde facere testamentum, quemadmodum nemo jus aliis contractu quæsitum, per ultimam voluntatem auferre potest: Non quod per actus inter vivos Hæreditates deferantur; id enim fieri

(1) *Vix est ut cum ratione juris hoc consentiat: non enim ad perficiendam donationem sufficit eam ex parte donantis esse perfectam, sed utriusque consensus requiritur, qui deficit mortuo ante acceptationem donatore, ut proinde eam donatarius tunc perficere non possit.*

* Apud nos donatio omnium omnino bonorum mortis causa, non nisi judicialiter facta valet, *P.* 3. *C. El.* 1. §. *Damit aan.* adeoque etiam coram quinque testibus aut pluribus suscepta, non subsistit, Carpz. *ad const. def.* 23. conf. Richt. *dec.* 22. *n.* 19.). Carpz. *P.* 3. *C. El.* 1. *d.* 1. in tempore pestis coram duobus testibus facta, pariter nullitatis vitio laborat., Carpz. *P.* 3. *C. El.* 1. *d.* 34.), Richt. *dec.* 18. *n.* 29. cessare autem in hujusmodi donatione omnium bonorum Falcidiam, in Saxonia, ex *P. III. C. Elect.* 1. constat, ubi vide Moller. *num.* 3. etiam Jure Saxonico communi a *Land. R.* 4. 1. *art.* 30. *Consult. Sax. tom. p.* 2. *qu.* 10. *num.* 5. Jac. Schultz. *ad Modest. Pist. P. I. qu.* 40. *n.* 16? contrarium tuentibus Modest. Pistor. *d. l.* & Colero *P. I. d.* 10. *n.* 92. Carpz. *ad d. C. def.* 5. *n.* 2. Richtero *dec.* 22. *n.* 18. & *Vol.* 1. *Cons.* 118. *n.* 2.

fieri non posse juris Auctores tradiderunt. *d. l. 5. C. de pact. convent.* Sed videndum est, an contractus valeant: quod si constet, non ideo fiunt inutiles, quia per eos paterfam. amisit testandi potestatem, vel potius materiam. Sicut omnium bonorum donatio præsentium, non evertitur eo, quod per eam testandi facultate se videt esse privatum, ita nequidem donatio futurorum bonorum inde refelli potest, quod per eam donator nihil sit habiturus, de quo testetur. Societas equidem ita non potest iniri, ut testandi libertas per eam minuatur: sed hoc ideo, quia nulla post mortem societas durat, *l. 52. §. 9. D. Pro socio*; quæ res ideo donationi non obstat. Quin nec hoc prætereundum; quod sicut donatio omnium duntaxat *præsentium bonorum*, spem aliquam relinquit, fore ut donator non sit cariturus omni donationis materia, similiter in donatione præsentium & futurorum, talis spes non plane deficit: Potest enim, si quis velit, ejusmodi donatorem deinceps hæredem instituere, vel legare ipsi aut donare, sub hac lege, ne res illæ ad donatarium pertineant. Legem enim quisque suæ rei, quam vult, imponere potest. Hæ rationes facere videntur, ut si donatio vel conventio, de transferendis omnibus bonis tam futuris quam præsentibus, inita sit, juris effectu carere non debeat. Coras. *6. miscell.* 12. Wissenb. *ad h. t. th.* 11.

Plane ego nullus, inquam, video, quare, si donatio præsentium bonorum & futurorum ideo non valeat, quia testandi libertatem adimeret, quomodo simplex omnium bonorum donatio, in paterfamilias, qui deinde res suas non auxerit, testamento prævalere queat. Et tamen si verum est, quod omnes fatentur & textus clare docent, ejusmodi donationes valere, debent esse irrevocabiles. Sed parum abest, quin vulgo ita in Foris existiment: Ejusmodi donationes omnium bonorum debere traditione impletas esse; Conventione tantum factas, non impedire testamentum contrarium, nec forte jura legitima, ut hactenus valeat dictum Gallicæ alicubi praxeos, DONNER ET RETENIR NE VAUT; *donare & retinere non valet.* At hanc interpretationem legibus repugnare, manifestum est ex *d. l. 35. §. 5.* ubi de ipsa donatione universitatis, quod sine conventione sola perfectæ sint, nec quominus futura sub illis expresse comprehendantur, quidquam in Jure quidem obstat, ideoque testamento magis esse videri, ne infirmari possint.

4. Verum in Foro diversum obtinuit, non tanquam juri derogetur, sed ex sententia Interpretum Juris, ut diximus *ad Inst. h. tit. n.* 5. quibus assentitur Grotius *lib. 3. Introd. cap. 2. n. 16.* Imo Groenewegius absolute, *Donatio universitatis, sive omnium bonorum*, inquit, *moribus nostris adversatur*, *ad l. 35. §. 4. C. h. t.* laudatis Autumno ad eundem locum, & Bugnonio *lib. 2. de LL. abrog. sect.* 98. ut idem tradentibus; Quod est manifesto juri scripto contrarium. Credo, hoc eos de donatione, sola conventione perfecta, ut modo, intelligere, quod illa non impediat testamentariam vel legitimam successionem. In locis ubi jus civile regnat, hoc est, ubi servatur quatenus specialiter non est abrogatum, ut apud nos; existimem, non posse Judices a clara lege recedere, quæ donationes omnium bonorum sola quoque conventione perfectas probat, quibus ideo ne testamento quidem derogari posse dicendum. At super donatione præsentium & futurorum, quoniam hæc legibus non exprimuntur, integrum erit, sequi communiorem sententiam. In Curia nostra super ejusmodi donatione disceptatum est, paulo antequam e foro discederem. Mulier Harlingana, donaverat inter vivos sponso, *ante omnia vincula matrimonii*, sic erant verba, omnia sua bona præsentia & futura. Deinde, cum maritus perverse consuleret, testamento facto, alios hæredes instituerat. Donatio non erat actis insinuata. Sed judicatum est deinde pro testamento, contra donationem absolute; at ejusmodi meritis mali moris circumstantiarum, ut si donatio simplex omnium bonorum fuisset, idem futurum fuisse, ut judicaretur, existimem: Cujus rei argumentum habui, quod ne quidem approbata est illa Donatio, respectu bonorum quæ donatrix tempore donationis habuerat, imo ne quidem usque ad summam quingentorum aureorum. Qua tamen parte valere debebat regula, quod utile per inutile non vitietur; nominatim quod sancitum est, donationes, quæ ob magnitudinem suam infirmantur, absque insinuatione valere usque ad quantitatem lege præscriptam. *l. pen. §. ult. C. de Don.*

Idem juris est in conventione non mere lucrativa, de bonis omnibus in alium transferendis, quod omnino distinguendum est a pacto successionis. Hoc enim non valet, ne quidem ad pias causas, nec titulo quidem oneroso, per sæpe citatas *l. 5. C. de pact. convent. l. 15. C. de pactis. & l. ult. de Suis & legit hæred.* Exem-

Exempli gr. Xenodochii Leovardiensis Curatores, mulierem quandam receperant alendam, pro certa pecuniæ summa: cum pacto, ut idem Xenodochium eidem mulieri, suo tempore, in omnia bona succederet. Hæc deinde fecerat testamentum, & de bonis suis aliter disposuerat. Approbatum est a Curia testamentum, eodem *Anno* 1652. Quòd si omnia sua bona ex continenti in Curatores Xenodochii transtulisset, quemadmodum fieri solet ab his, qui se diaconis Ecclesiarum nostrarum dedunt, sine dubio non valuisset testamentum de bonis illis factum, non modo si traditio, sed etiam si conventio sola intervenisset, nec quare conventio in terminis valide obligatoriis, ad bona futura produci non posset, ex his, quæ dicta sunt, quidquam obstare videtur. Reliqua *ad Instit.*

5. De personis, quæ donare possunt, vel prohibentur, egimus * ad *Inst. n.* 6. & de conjugibus *loco separato ad tit. de donat. int. Vir. & Ux.* Sunt inter personas prohibitas etiam Capitis damnati, quod attinet ad donationes factas post contractum crimen, *l.* 15. *h. t.* ubi τὸ NISI Florentinæ editionis, recte mutavit Haloander in SI. Sed hodie post *Auth. Bona damnatorum. C. de bon. proscript.* cessare hanc prohibitionem, monuimus ad *d. tit. inst. n.*6. Dissentire videtur Wissenbachius noster in *fin. th.* 10. *h. t.* At enim Justinianus, inquit, in *d. Nov.* 134. *non tam voluit consulere damnatis eisque restituere bona; quam descendentibus & adscendentibus conservare legitimam successionem.* Verum hæc ratio merito adhibetur ad probandum, capitis damnatos non recuperasse testamenti factionem, nec proinde eorum ultimas voluntates antea compositas habere effectum, quia successio bonorum descendentibus & adscendentibus addicitur, ad quam præstandam non requiritur, ut donationes antea factæ revocentur. Utique enim donationes inter vivos a successionibus alienæ sunt. Sed donationes mortis causa, diversam rationem habere videntur; sunt enim species ultimarum voluntatum. Ideoque magis est, ut hæ in pristina causa maneant & revocentur, *l.* 7. *de Donat. m. c.* iisque verba D. Wissenbachii recte applicari videntur; Scilicet, ut, cum lex hodie successionem omnium bonorum addicat hæredibus legitimis, nulla species ultimæ voluntatis ad facultatem damnatorum rediisse videatur.

6. Inter causas revocandi donationem, non recensetur hæc, si donatarius omnium bonorum *noluerit alere* donatorem, casu quo donator usumfructum sibi non retinuit. Quin si dialectice agatur, haud difficulter sustineri potest hæc sententia, quod donatarius ad alendum non teneatur, ut satagit D. Wissenbachius *ad h. t. th.* 12. Sed æquitas & præsumptio de voluntate partium in facienda suscipiendaque donatione universali, tam prægnans est, ne quis semet ipsum ad famem ultimam liberaliter obligasse videatur, ut aliter quam *ad Inst. n.* 7. posuimus, statuere nefas sit; hactenus saltem, ut donator omnium bonorum donatarium cogere possit ad alendum ipsum, si nimium videatur hanc æquitatem extendere ad causam revocandi donationem. Denique & hoc alibi commemoratum; in *loco* tamen, *titulo ad Inst.* indictum, supplebimus; Etsi legitima liberorum a vivis Parentibus exigi nequeat, si tamen hi donationibus ita sese exhauserint, ut legitima post mortem eorum, quibusdam liberis salva non sit, illis detur Querela inofficiosæ donationis, per quam usque ad legitimam illa revocatur, *l.* 1. & *t. tit. C. de Inoff. donat.* (2)

7. Donatorem non teneri ad evictionem rei donatæ, in id quod ejus interest, si donatarius re donata frui non potest, dictum satis *ad tit. de Evictión.* Verum donatio remuneratoria, pro officiis præstitis, creditur actionem in id quod interest producere posse; quatenus compensationem eius quod intererat continebat, & merito quidem: Sed hactenus non videtur esse mera donatio, quatenus damno illato, vel lucro cessanti respondet. Hac de re ponam exemplum. Actum est de donatione, quam fecerat *Everardus a Buitendijk in Johannem a Kruck*, Prætorem Ængwirdensem, ex causa fidelium officiorum & impensarum, quas *Krackius* pro illo fecisset; donati autem erant agri palustres sive cæspitifodinæ Catlicenses, trans aggerem certum sitæ. Has donatarius ajebat se non posse consequi, & petebat eorum præstationem, vel id quod intererat agros sibi tradi; *Declaratus est non admittendus eo modo quo ageret*

(2) *In totum, sive pro tota portione ab intestato debita revocari donationem inofficiosam, probat tum* l. ult. C. de inoff. donat., *tum maxime* l. 17. §. 3. de legat. 2. *neque textus sub-* tit. 12. de inoff. donat. *evincunt rem usque ad legitimam duntaxat revocari, uti recte probat Antonius Faber* Conjectur. lib. 3. cap. 17.

* Notari hic meretur, nostro Jure patrem filio in potestate sua constituto, mobilia valide donare. a *L. R. l.* 1. *art.* 10. *Carpz. l.* 6. *R.* 118. *n.* 10. *sq. Id. P.* 2. *C. d.* 12. *d.* 11. quod Jure Civili secus erat. vid. *l.* 17. & *l.* 11. *C. d. donat.*

ageret, *atque adhuc* salvo jure in agros donatos, aut eorum defectu, jure petendi a donatore salaria pro suis operis atque impensis. Sensit igitur Curia; posse eum persequi agros donatos, etsi necdum *proprie* traditos; nec regredi posse donatorem adversus possessores, quia non probaverat adhuc sublatam esse facultatem agros consequendi. Si liqueret, possessorem non habere facultatem, non poterat adipisci aestimationem agrorum, aut id quod intererat illos sibi non tradi; hactenus enim non teneri donatorem, satis constat. Id quod interest damni antea percepti, vel lucri cessantis, duntaxat peti poterat. Ita judicatum 20. *Decembr.* 1636. *

TIT. VI.

De mortis causa Donationibus & capionibus.

I. Donatio M. C. Quid. II. Quomodo distinguatur in dubio a donatione inter vivos. III. An donatio M. C. facta, ne unquam revocetur, debeat insinuari. IV. Aliæ donationis M. C. ab inter vivos differentiæ. V. Differentiæ ab ultimis voluntatibus. VI. Quid M. C. Capiones.

(a) HUjus quoque Rubricæ sententiam ad *Inst.h.t.*habuimus. Est autem Mortis causa donatio, similis quidem ultimæ voluntati, quod ad plerosque effectus, veluti quoad numerum quinque testium, *l. ult. C. h. t.* detractionem Falcidiæ, *l.* 5. *C. ad L. Falc.*jus accrescendi. *l. un.§.* 14. *C.de Cad.toll.* In se tamen magis ad actus inter vivos refertur, ideoque nec aliter valet, quam si a donatario acceptata fuerit, secundum ea,quæ *titulo preced.* dicta sunt, juncta *l.* 38. *h. t.*

2. Quamvis autem Donatio mortis causa in effectu & omni apparatu suo, longe majorem cum ultimis voluntatibus, ** quam cum actibus inter vivos affinitatem habeat, sæpe tamen accidit, ut non facile sit eas discernere a se invicem, sicut in hoc exemplo patuit. Vir nobilis annorum supra LXX. duorum, desponderat puellam quatuor & viginti annorum,eique donaverat bursam auri signati plenam, octo millia Imperalium, cum aliis rebus pretiosis, sub conditione, si *femina sibi supervivent*. Hæc aliaque redacta erant in formam contractus cum hypotheca bonorum, submissione Curiæ, & cæteris, pro more in actibus inter vivos usitato: adhibitis tamen quinque testibus. A Sponsa consultus, an hæc donatio plane esset irrevocabilis, ut erat inter illos constitutum, respondi,non esse rem extra omnem ἀναθεώρησιν; quod verius esset illa mortis causa donatio, quæ cum revocabilis sit, non esse a facultate donantis remotum, quin deinceps ab illa discederet. Quoties enim donationi lex & conditio, nisi *donatarius prior moriatur*, est adjecta, toties donatio mortis causa intelligitur, ut patet ex *l.* 14.& *l.*23.*de Mort. caus. donat.*juncta *l.* 1. & *l.*35.§.2. *eod.* Sand. *lib.*5.*tit.*1. *Def.* 3. ubi exemplum rei judicatæ. Satius igitur visum in rem sponsæ, ut donatio pure fieret, sine mentione de casu mortis, at reservato usufructu;quomodo res deinde perpetrata est. Etiam potuisset clausula, *ne unquam donatio revocetur*, apponi; per quam eodem potiti fuissent effectu, cum talis revera potius sit inter vivos, quam mortis causa donatio. *l.* 27. *h. t.*

3. Sed magni usus & momenti est Quæstio, an ejusmodi donatio, quæ fit cum mentione mortis, *sed ita ut nullo casu* revocetur, valeat absque insinuatione: quod negandum,si pro inter vivos; affirmandum, si pro donatione causa mortis habeatur. Magis placet affirmativa: Quia licet hujusmodi donatio, quod ad vim effectumque suum inretractabilem, pro donatione

(a) *Pos.* 1.

* Id quoque hoc titulo addendum est ex Jure nostro, donationem rerum Geradicarum, Jure Saxonico Electorali, debere fieri vel in Judicio coram Judice pro tribunali sedente, vel personis Judicialibus ab eo delegatis, a femina cum consensu Curatoris & mariti, *P.* 2. *C. El.* 14. per traditionem clavium & designationis rerum Geradicarum, *d. C. ibique Carpz. def.* 10. & 11. vel coram Notario & testibus, aut duobus testibus tantum, ubi claves in conspectu arcarum, in quibus Gerada continetur, tradi debent *d. C. ibique* Carpz. *def.* 16. dummodo hoc ultimo casu donatio summam 100. aureor. non excedat, ut dictum supr. *P. I. p.* 355.

** Hinc apud nos mulier sine Curatore, uti testari, ita etiam mortis causa donare potest, *1. P.* 2. *C. El.* 15. §i *f. ibique* Moller. *n.* 74. & Carpz. *d.* 10. Dissent. tamen Schilt. *ad ff. Ex.* 41. §. 81.

ne inter vivos habeatur, in se tamen atque in genere suo est donatio mortis causa; Talis enim appellatur in *l.* 13. §. 1. *in fin. h. t.* ubi, *sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit ejus repetitio*. Clarius in Novella 87. *in pr.* ubi statuit Justinianus, mortis causa donationes fieri posse, vel ita *ut revocari nequeant*, vel, *uti possint*. Et *in cap.* 1. diserte addit, etsi adjecta sit declaratio de non revocando, *manere tamen rem etiam sic in mortis causa donationis conditionibus*. Quarum conditionum sive proprietatum una est notissima, quod non egeat insinuationis, ut ad *Instit* dictum est. Et secundum hanc rationem consulti, D. Boeckelmannus Antecessor olim Lugdunensis Batavus & ego, respondimus olim in causa ad nos remissa Brema, ubi matrona quædam donaverat amico post mortem suam millia duodecim Imperialium, sub lege *nullo casu revocandi*, neque facta erat insinuatio in Acta publica, quod hæredes donantis fieri debuisse contendebant. (1)

4. Solet alioqui pro nota discriminis inter utramque speciem casu dubio, poni, si donator usumfructum sibi reservaverit, si donatarii nomine se possidere constituat, si donationem se observaturum promittat, ut tunc inter vivos sit, uti observat Menochius 3. *Præsumpt.* 35 *n.* 36. idque etsi mortis aliqua mentio facta sit, modo non expresserit donator, se cogitatione mortis velle donatum, ut tradit Donellus 14 *comment. C.* 35 *n.* 63. Sand. in *d. decis. vers Nec mutat.* addens numerum quinque testium pro nota discriminis haud quaquam esse habendum; Etsi enim quinque testes in ultimis voluntatibus præter testamentum adhiberi solenne sit, in actibus autem inter vivos pauciores sufficiant, sæpe tamen homines in cautionibus rerum agendarum abundant. Denique sic volunt, in universum quidem, si dubitetur, præsumi donationem inter vivos, ut idem Sandius e *Doctoribus*. Denique ita recte colliges, omnia resolvi in id quod diximus, Esse donationem mortis causa, quæ facta est in casum mortis, ita ut appareat, donatorem ejus animi fuisse, ut se rem mallet habere quam Donatarium. *d. l.* 1. *h.* & *l.* 35. *eod.*

5. (b) Cæterum, donatio mortis causa præterea in hoc ab ultima voluntate distat, quod cum donatio causa mortis in singulos annos sit simplex, legatum ejusmodi est multiplex, *l.* 35. §. *ult. h.* quod post mortem auferri nequeat, *l.* 5. §. 17. *de his, quæ ut indign.* quia tempus, quo capacitas inspectetur, est Mortis duntaxat. *l.* 22. *h.* Postremo filiusfamilias patre annuente, mortis causa donare potest, *l.* 25. §. 1. *h.* quin de adventitiis, quorum ususfructus patri non quæritur, inter vivos, vel invito patre donare potest, an & mortis causa? Videtur, per *N.* 117. *c.* 1. *pr.* & §. 1. sed de his latius non agemus, post ea, quæ ad *Instit. h. t.* collocata sunt.

6. (c) A donatione m. c. differt mortis causa capio, quæ est adquisitio propter mortem alterius obveniens, & quæ alio nomine non appellatur. Cujac. in *par. hic.* ut si quid alicui conditionis implendæ causa, vel si alienæ mortis causa donatum sit, *l.* 8. *l.* 12. *l.* 18. *in pr.* & *l.* 31. *in pr.* & *l.* 38. *h. t.* unde exempla petere cuivis obvium est.

LIB·

(b) *Pos.* 2. & 3. (c) *Pos.* 4.

(1) *Si extra mortis periculum quis constitutus diceret se mortis causa donare, ea lege, ut nullo casu revocetur, talis donatio revera erit inter vivos potius, quam mortis causa, uti probat* l. 27 h. t. *adeoque dicerem, non minus tunc necessariam esse insinuationem, quam in alia inter vivos donatione: alias enim facile foret eludere sanctionem legis insinuationem requirentis, quod nullo modo admitti potest. Quod si quis æger, in periculo mortis constitutus, se mortis causa donaverit,* ut nullo casu sit ejus repetitio, *manebit nihilominus mortis causa donatio, adeoque absque insinuatione valebit: & de hoc casu loquuntur Julianus in* l. 13. §. 1. in fin. h. t. *& Paulus in* l. 35. §. 4. in fin. h. t. *quorum sententiam confirmavit Imperator in* Nov. 87. *Ratio differentiæ est, quod priore casu donans donatarium maluerit habere rem donatam, quam se: at posteriore casu, magis se habere voluit, quam donatarium.*

LIB. XL.

Ubi varia de SERVIS.

(a) HIc liber totus materia servili occupatur; cujus cum hodie nullus fit usus, * & notitia terminorum *ex Inst.* habeatur, fas erit titulos eo contentos praetervehi, aliunde facile petendos. Nuda recensio Rubricarum sufficiet. Tituli sunt omnino XVI. Primus est de *Manumissionibus*, cui satisfactum ad *tit. Inst. de Libertinis*. Tit. II. De *manumissis vindicta*, quae celeberrimus olim erat modus, ubi nota, sis, textum, ex quo vulgo probant, vitam hominis & famam pari passu ambulare, *l. 9. in pr. h.t.* quod minime profecto universale est. vid. *l. 6. & 7. Quod met. caus. l. pen. §. 1. de publ. judic.* juncta *l. 6. §. 1. de his, qui infam. not. l. 42. §. 1. de Procurator.*

Tit. III. *De manumissionibus, quae servis ad universitatem pertinentibus imponuntur*; qui vix aliud continet, quam universitates hac etiam parte non alio jure quam privatos uti.

In Tit. IV. *De manumissis testamento*, agitur de his, quibus directa libertas testamento datur. Tit. V. *est de fideicommissariis libertatibus*, de quibus ad *tit. Inst. de singul. reb. per fideic. rel.* Est heic illud nobile Pomponii symbolum ** in *l. 20. Nam ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam, in octavum & septuagesimum annum aetatis duxi, memor sum ejus sententiae, qui dixisse fertur, καὶ τὸν ἕτερον πόδα ἐν τῇ σορῷ ἔχω, προσμαθεῖν βουλοίμην. Id est: Etsi alterum pedem in tumulo haberem, non pigeret aliquid addiscere.*

Tit. VI. Loquitur *de ademptione libertatis* lege facta, ut Aelia Sentia. Enimvero potest etiam a testatore adimi, tam expresse quam tacite, modo expressio voluntatis non sit obscura nimis. *l. 50. de Fideic. libert.* Adde quae ad Instit. *lib. 1. tit. 6.* dicta sunt.

Tit. VII. *De Statuliberis*, satisfactum ad *Rubr. Inst. de jur. person.*

Tit. VIII. est de *his qui sine manumissione ad libertatem perveniunt*. Quales sunt, quibus in diem, vel sub conditione, testamento vel Contractu data est libertas, elapso die vel conditione existente, *l. 1. & 2. t. h. l. 3. de Statulib.* vel si quis ancillam emerit ne prostituatur, & tamen prostituat. *l. 6. §. 1. h.t.*

Tit. IX est; *Qui & a quibus manumissi, liberi non fiunt, & ad Legem Aeliam Sentiam*, quam totidem verbis Rubrica m habuimus a Inst.

Tit. X. De *jure aureorum annulorum*, docet, ingenuitatem consequi libertinos, quibus Princeps aurei annuli gestandi jus dedit, at salvo jure patronatus. *l. pen. & ult.* Hoc jus cum aliis dedit Augustinus Antonio Musae Medico, quem idcirco prius servum fuisse, necessarium & notum est. Vid. Sigon. *lib. 2. de antiqu. jur. civ. Rom. c. 3.* Justinianus aureorum annulorum jus, omnibus indistincte libertinis concessit. *Nov. 78. c. 1.*

Tit. XI. De *natalibus restituendis*, docet, eos, qui natalibus a Principe restituuntur, ius pic-

(a) *Positiones ad hunc Librum.*

* De conditione hominum propriorum, it rusticorum, in Lusatia, *vid. supr. P. I. p. 16* conf. etiam Jo. Christoph. Schacheri *JCti Lips. Dissert. de Hominibus Glebae adscriptis, Lusatiae Superioris Lips. 1725.* edita de Lassis, *deren Lassen*, qui bello victi agris colendis ulteripti sunt, *Land-R. l. 3. art. 44. j. Ziegl. d. dote Eccles. c. 9. th. 31.* Add. omnino Menck in *Tract. ff Synops. p. 419.*

** Non est hoc symbolum Pomponii, nec sane Juliani, cujus Pomponius verba referat, ut multi sibi persuadent, sed Graeculi, qui de veritate dicti Juliani per epistolam Pomponium rogavit, ut docte ostendit Laur. Andr. Hamberger. *us de Edicto Perpetuo c. VI.* Perriticulus adeo Jac. du Breul, monachus S. Germani in Pratis, qui in praefatione Theatri Antiquit. Urbis Parisiens. Julianum Apostatam hoc verbo usum affirmat.

pleniffimum ingenuitatis adipifci, ut nec obsequium Patrono debeant, nec ingrati accufari queant, fecus ac is, qui aureis annulis donatus eft, *l.* 3. *C. de bon. libert. l.* 10. §. 3. *de in jus civ.* fed Princeps neminem facile reftituebat, nifi confentiente Patrono ejufque filio. *l.* 2. *l. pen. & ult. h. t.*

Tit. XII. Caufæ *liberales*, de quibus heic agitur, funt actiones de libertate aut fervitute, de ingenuitate vel libertinitate; ejufmodi caufæ ftatus, maximos exigebant judices. *l. ult. C. ubi caufa ftat. l.* 32. §. 7. *de Recept. arbitr.*

Titulus XIII. De iis agit, *quibus ad libertatem proclamare non licet*, etfi ingenui fint nati; quales funt majores XX. annis, qui gnari conditionis fuæ, ad pretium participandum fe venundari funt paffi, *l.* 1. *& feqq. h. t.* aut etiam, ut commodius, quam in libertate conditio fortunæ eorum ferebat, viverent, uti cum fervi publici fiebant, veluti actores. *vid. l.* 6. §. 5. *de Injuft. rup. teftam.* Aliud Rubricæ exemplum vid. in *l.* 2. *h.*

Tit. XIV. *Si ingenuus effe dicatur*, agit de præjudicio, quoties contenditur, utrum quis libertus fit, an ingenuus, quod ufum habet, fi operæ petantur, five obfequium defideretur, vel etiam famofa actio intendatur, aut in jus vocetur is qui fe dicit patronum. *l. ult. h. t.*

Tit. XV. *Ne de ftatu defunctorum poft quinquennium quæratur*, id prohibet; ne poft quinquennii lapfum quærere liceat, utrum aliquis ingenuus an libertinus fuerit. *l.* 1. *h. t.*

At in Tit. XVI. *Collufio* ponitur, fi is, qui ftatus controverfiam alicui movebat, ita cum adverfario colluferit, id eft, fimulate & prævaricando contenderit, ut pro ingenuo abfolveretur, is fit fervus, aut libertus ejus qui collufionem detexit; etfi vere fervus alterius qui collufit fuerit. *l.* 1. *& pen. h.*

LIB

L I B. XLI.

T I T. I.

De Adquirendo Rerum Dominio.

I. Continuatio, & definitio Dominii. II. Potestas rem a tertio vindicandi, num quas exceptiones patiatur. III. An dominium sit rerum incorporalium. IV. De origine dominii per occupationem. V. De jure venandi hodierno, & moris Frisici. VI. De modo occupationis, singularia. VII. De jure in feras nondum captas hodierno. VIII. Quomodo res nullius occupatæ amittantur. IX. De accessione, nominatim de fœtura animalium. X. De Alluvione. XI. De Avulsione. XII. De fluminibus & lacubus siccatis. XIII. De ceteris modis, remissive. XIV. Ad l. 36. h. t. *junct.* l. 18. de Reb. Cred. *XV. Ad* l. 15. de Reb. Cred. *juncta* l. 34. Mandati. *XVI. Quid ex usu hodierno juris sit.*

(a) NOn est quod anxie quæratur, qui factum sit, ut hoc demum loco de Rerum dominio sit actum, quando de actione, quæ ex dominio datur, jam pridem, in *libro sexto* absolutum est, & cur tractatus de dominio ac Hæreditate, a petitione utriusque juris separatus sit, ut nec commoda, nisi post judicia omnium rerum petitoria absoluta, reperta sit occasio. Verum hic ipse locus de Dominio late pleneque exactus est *ad Instit.* & in *libro quarto Digressionum a princ. & cap.* 10. *cum seqq.* ut heic pro instituti nostri ratione supersedere liceret, nisi momentum rei summarias dumtaxat admonitiones exigere videretur.

Non mutamus definitionem Dominii, quod sit Jus de re corporali perfecte disponendi, aut eam vindicandi, nisi conventio vel lex prohibeat. Perfecta dispositio respondet voci τελείως, *perfecte*, Aristoteli frequenter in definitionibus usurpatæ, id quod summum in suo genere est, ac civiliter significans, ut heic quidem, dum quisque dicitur esse liber arbiter & moderator suarum rerum, *l.* 21. *C. Mand.* atque ita resolvitur in liberam rei suæ administrationem ac alienationem; quatenus in manibus & potestate nostra res sunt. Si vero desierint esse, non ideo dominium definet, ita sicut possessio, de qua *tit. seq.* sed vindicatio superest.

2. Tunc, inquam, Dominium in facultate vindicandi consistit, qua res a quolibet possessore potest avocari, de qua potestate fuit agendi locus in *lib. 6. tit. de rei Vindic.* Avocatur autem jure dominii res a possessoribus etiam bonæ fidei tituloque justo præditis, ne pretio quidem, quod dederint, restituendo. *l.* 16. *C. de Evict.* Excipiunt hodie casum, si quis in nundinis bona fide aliquid emerit. Hic enim non nisi pretio ipsi restituto ad restituendam rem sibi venditam tenetur, etsi testibus, ut fit in contractibus cursim atque confertim celebratis, careat; juramento ejus fidem habendam placuit, nisi regressum contra venditorem, & indemnitatis habeat facultatem. Ita Grotius *lib. 2. Introduct. part.* 3. *n.* 13. Zypæ. *not. jur. Belg. tit. de Rei vind. verb. Jure.* Antverpienses tamen hanc consuetudinem non probant, Consuet. Antverp. *c.* 58. *art.* 1. neque Mechlinienses, *tit.* 2. *art.* 2. *& ibi Christinæ*. nec apud

(a) *Tos.* 1. & 2.

non infrequenter, ad ostendendos fontes actionum, dominii & obligationis vocibus uterentur, & ita sæpissime dominium obligationi opponerent, facile evenit, ut dominium obligationis pro abusivo haberetur, ut vice versa obligatio, quæ ex dominio oritur, vix stylo JCtorum pro obligatione habeatur. §. 1. *Inst. de act. conf. Philos. Jur.* §. 116.

(c) *Vide iterum not. ad Inst. de R. D. pos.* 31.

(d) Verum a possessione ad dominium non agnosco consequentiam. Possessio est facti, & detentio rei quæ absque re corporali non potest concipi. Dominium contra jus est, & proprietas, quæ etiam in rebus incorporalibus potest intelligi.

(e) *Vide iterum de R. D. posit.* 30. *lit. K.*

3. *Item ex hac ratione: quæ sunt in dominio, illa etiam in usucapione.* (f) §. pen. l. Per quas pers. cuique. *Sed in usucapione tantum sunt res corporales.* l. 43. §. 1. h. *Add.* l. 13. pr. h. l. 4. de alim. leg. *ubi dominium & proprietas sunt unum & idem*, (g) *nec leve argumentum est*, (h) *quod in h. t. nec in Inst. rerum incorporalium ulla fiat mentio.*

(f) Mallem hanc positionem vel per bonam consequentiam ostendi *ex d.* §. *pen.*

(g) At hoc pro nobis est. Si enim proprietas est rerum incorporalium, utique & dominium erit. Esse autem proprietatem jurium, vel inde patet, quod eadem in alium transferri possit, non solum moribus consuetis, ubi v. g. in cessione actionum nihil frequentius formula, quod cedens transferat proprietatem actionis in cessionarium, *das er sich alles Eigenthums lossaget, und sein Recht dem andern eigenthumlich ubergiebt*, sed &, ni egregie fallor, Jure Romano per cessionem solennem, quæ in jure fiebat, de qua vide omnino *Ulp. tit. 10. & conf. Auctor ad Instit. de Usufr. posit.* 35. Quod si ea sit intentio Nostri, *in d. l. 13. pr. hic & d. l. 4. de alim. legat.* proprietatem prædicari de rebus corporalibus, dicemus: unius positionem non excludere alia.

(h) *Dixi ad Inst. h. t. posit.* 30. *lit. L.*

4. *Efficacissime autem hoc probatur inductione specierum, quæ cum incorporales sint, ad dominium a multis referuntur, ut servitus, quæ dominio opponitur*, (i) l. un. de Remiss. *ususfructus in* l. 43. in f. de Furt. *dein possessio, quam a Dominio alienam* (k) *esse, ostendit rubr. hujus* & seq. tit. *& definitio usucapionis, differentiaque inter petitoria & possessoria judicia, quæ sunt notissima toto jure fundamenta.*

(i) *Dixi ibidem lit. M.*

(k) Quoad possessionem consentio.

5. *Valeant igitur, qui volunt dominium esse triplex, proprietatis, servitutis, possessionis*, (l) *licet ita D. Wissenb.* ad h. t. th. 2. *dix. in prælect.* h. tit. Inst. th. 11.

(l) Dominium possessionis & ipsi rejicimus. Agnoscimus equidem Dominium Servitutis, & præter hoc dominium pignoris & hæreditatis, Illustrem secuti Bœrnium, at non opponimus eadem cum Wissenbachio dominio proprietatis, sed dominio rerum corporalium, nam & hæreditatis, & servitutis, & pignoris fatemur proprietatem.

6. *Non obst.* l. 2. C. ubi in rem act. l. 9. C. de Pign. l. 11. C. de omn. agr. desert. *ubi clarum est, possessionem sumi pro prædiis possessis. vid. Brisson. de V. S. verbo*, Possessio.

7. *Nec etiam* d. l. 70. §. 1. de V. S. & l. 48. de hæred. Inst. *ad quas responsio jam occupata est.* (m)

(m) *Scil. posit.* 2.

8. *In l.* 3. in fin. si ususfr. pet. *dominium ususfructus memoratur; at eodem sensu, quo possessio* (n) *usufr.* ibidem, *improprie & abusive.* l. 3. pr. de Adquir. poss.

(n) Repete dicta *ad posit. 2. lit. d.*

9. *Eodem modo respondendum* (o) *ad* l. 15. §. 8. Quod vi aut clam. *vel dici*, (p) *servitus ad causam dominii pertinet, quatenus per eam adficitur dominium & minuitur, sed per se neutiquam est dominium.*

(o) Eodem ergo & regerendum.

(p) Sed hæc responsio nimis procul accersitur.

10. Lex 118. de V. O. *quæ fructuarios aliquando jure dominorum gaudere ait, per hoc fortiter probat, eos non esse dominos.* (q) *idem fere l.* 4. de usufr.

(q) Scilicet rei usufructuariæ tanquam corporalis.

11. *Nec quod servitus vindicari dicitur* Rubr. ff. si servitus vindicetur, *id dominium probat, cum vindicationis verbum late de qualibet in rem actione*, (r) *licet aliunde quam ex dominio orta, usurpetur.* §. 15. I. de Action. *Reliqui textus, quorum meminimus* d. th. 12. *nullius sunt argumenti.*

(r) Suf-

(r) Sufficit, quod omnis in rem actio ex dominio oriatur, *per d. l.* 23. *pr. de R. V.*

12. *Ususfructus equidem, si consideretur non ut formaliter a proprietate separatus, sed ut rei emolumentum, recte dominii pars* (s) *appellatur*, l. 4. de usufr. l. 70. §. 2. de fidejuss. *& sic ad constituendum dominium concurrit, atque in eo est ut pars in toto, minime vero ut species sub genere. Usufructu autem separato, nuda proprietas dominii nomen sola retinet, ac saepe dominium proprietatis vocatur.* l. 17. Quib. mod. ususfr. amitt. l. 4. C. de prob. *Unde cave colligas*, (t) *fructuarium esse* dominum ususfructus.

(s) Quoties ususfructus dicitur pars dominii, toties intelligitur dominium strictissime rei corporalis. Quoties vero ususfructus dicitur species dominii, vel dominium ususfructus, toties intelligimus dominium rei incorporalis.

(t) Agnoscimus hanc cautionem, quatenus non recte infertur: Usufructuarius habet dominium rei usufructuariae, quia ususfructus antea erat pars dominii in ista re corporali. (nam proprietas est pars essentialis, ususfructus vero proprietati cohaeret accidentaliter, ita ut ad essentiam dominii in re corporali nihil faciat, & salvo quoque dominio a proprietate separari possit) Sed quod auctor nos cavere jubet, ne colligamus, fructuarium non esse Dominum ususfructus, (tq. rei incorporalis) id ex antecedentibus non potest inferri.

13. *Hunc jura terminum ignorant.* (u) *Dominium plenum separatione ususfructus non abit in duo dominia,* (x) *sed dominium* (y) *denudatur, & reverso usufructu consolidatur, quod tamen & antea dominium erat.* §. ult. I. de usufr.

(u) Sed contrarium ostendit *d. l.* 3. in fine, si ususfr. petetur.

(x) Ejusd. rei corporalis.

(y) Supple iterum, rei corporalis.

14. *Qui nudam proprietatem habet, is non modo dominium, sed & fundum habere absolute, eumque petere dicitur, & ususfructus tantum pro qualitate fundi,* (z) *ut alia servitus, habetur,* §. 9. Inst. de Legat. *qui petit fundum, is jure Dominii necessario agit.* l. 23. pr. de R. V.

(z) Ergo qui usumfructum fundi habet, non habet dominium fundi. Sed quid inde?

15. *Quin & plenum dominium saepe vocatur proprietas, ne quis putet, hanc vocem semper absentiam ususfructus notare.* l. 2. quib. mod. ususfr. am.

16. *Porro, quod servitutum traditio memoratur in* d. l. 13. pr. l. 1. §. ult. de S. R. P. *quomodo accipiendum sit, ex* l. ult. de servit. & l. 3. §. 2. de act. emp. *patet, servitutum non est traditio,* (aa) *sed aliquid pro traditione, usus nempe & patientia usus.* d. l. 1. §. ult.

(aa) *Ex hoc probatur saltem, non esse veram possessionem servitutum, non autem earum non esse verum dominium.*

17. *Ita facile respondetur* (bb) *ad ea, quae Bachovius pro dominio incorporalium rerum disputat* vol. 2. disp. 20. th. 1. lit. L. *Latior tamen explicatio, cum res feret, dabitur.*

(bb) Ita, ut vides, facile etiam regeritur.

Ultima definitionis, indicant alienationis prohibitae causas, de quibus actum *ad tit. D. Quae res pign. vel hipoth. obl. non poss.* item ad *tit. de Sc. Trebel.*

4. De origine Dominii, copiose actum a nobis in *d. lib.* 4. *Digress. cap. XI. & seqq.* probatumque, etsi jure naturae omnia sint communia, Dominii tamen institutum causam habere justissimam. Summa rationum illarum haec est; Deus hominibus dedit aequabile jus in res inferioris naturae, quod recte Communio appellatur. Sed ex iis rebus quaedam ejusmodi sunt, ut universali generis humani usui sufficiant, quemadmodum praeter Solem, Lunam, sidera, coelum, est etiam majori parte Aer & Mare, quarum idcirco mansit in perpetuum communio. Quod etiam in iis, quae non recipiunt universam & stabilem adquirendi causam, ut sunt ferae bestiae, volucres, pisces, obtinuit. Aliter se res habuit in caeteris, quarum usus non sufficit omnibus, & quae pariter ab omnibus usurpari nequeunt, etsi & harum diversa tamen ratio apparet. Quaedam enim sunt tales, ut usu consumantur in continenti, quaedam minuantur & paulatim evanescant. Prioris generis sunt esculenta, potulenta, quorum communio non potest durare per rerum naturam, quia quod quisque in usum alimenti sumit, in ejus substantiam vertitur, de quibus ideo parum abest, quin verum sit; divisionem pari cum ipsa communione, loco & gradu consistere, ut communionis primaevae adversarii urgent; etsi verum non sit, communionem animo saltem concipi non posse; cum utique temporis aliquod spatium praecedat alimentorum consumptionem, nec omnia simul come-

comedantur: in rebus, quæ ſenſim conſumuntur, ut ſunt veſtes aliaque utenſilia, non poterat etiam vel commode, vel diu ſubſiſtere communio; quod de habitatione ſimiliter res loquitur; maxime poſtquam uſus & ſalubritas ædificare docuit; quia nihil convenientius eſt naturæ rationali, quam ut quiſque labore ſuo utatur fruatur: quod etiam locum habet in operis jumentorum naturalibus aut edoctis. Per conſequentiam autem immediatæ conſumptionis alimentorum, & excluſæ communionis ab illis, neceſſe fuit, jus commune brevi quoque ceſſare in ſubjectis unde alimenta percipiuntur, ut ſunt agri, & beſtiæ quædam; niſi quamdiu omnes promiſcue ſatis abundanter inde poterant ali, idque ſine cura & cultura. Nam ubi primum hæc acceſſit, ſinguli laboris ſui fructus ſibi vindicare debuerunt. Acceſſit diſcordiarum, quæ ex communione oritur, experientia. Qua factum eſt, ut primo integri populi certas regiones occupatas limitibus ab aliis diſcreverint, atque intra ſuos limites diviſionem per fundos ſingulaque mobilia inſtituerint. Quæ occupatio fluxit ita ex neceſſitate rerum hominumque, & ex tacita conventione naturæ rationi convenientiſſima, quam Juſtinianus indicat his verbis; *Quod enim antea nullius eſt, id naturali ratione occupanti conceditur.* §. 12. *Inſt. h. t.*

5. Hæc eſt origo dominii per occupationem, quæ verſatur circa res Nullius, ut copioſe ad *Inſt.* & in *Digreſſ.* expoſitum dedimus. Cujus uſus cum ſit naturalis, non poteſt hodiernis moribus eſſe abrogatus, poteſt cujuſque populi voluntate, id eſt Lege, reſtringi & reſtrictus eſt; ut de venatione ferarum nobilium, conſtat ubique per Europam, ſecundum cujuſque populi placita & præſcripta; qua id autem ratione nitatur, dix. in *lib.*4. *Digreſſ.c.* 19. Noſtrates jus venandi extenderunt ad omnes Nobiles & immobilium poſſeſſores Edicto *Ordin. d.* 14. *Mart.* 1610.

Præterea, (detur venia hæc referendi ex. gr.) Centorionibus militum, conſequenter etiam Tribunis & altioribus præfectis, ſuo nomine & inſtrumento, non ex mandato. *lib. IV. Statut. VIII. art.* 15.

Celſiſſimo Gubernatori Hæreditario Provinciæ, datum eſt Privilegium venandi, excluſis omnibus aliis, per agros præfecturæ Biltanæ, ex Decreto ordinum *d.* 15. *Mart.* 1650.

Si quis adverſus Edicta venatus fuerit, ſingulis vicibus mulctatur decem Carolinis, cum jactura inſtrumentorum. *d. tit.* 8. *art.* 12.

Nec his, quibus venari licet, aliter licet quam pilum pilo, ut ait Statutum, *hair met hair*, non ſclopetis, aut caſſibus, ſub pœna centum Florenorum aureorum. *art.* 3.

Neque plures quam tres lepores una die capere licet. Edictum d. XXII. Jul. 1652. art. 11.

Inter Vigiliam Quadrageſimæ & Feſtum Jacobi, prorſus venari non licet, ut detur ſpatium geniture; eademque cauſa prohibita eſt venatio univerſa tertio quolibet anno, præterquam in ſylvis, ſub pœna decem Carolinorum. *d. tit.* 8. *art.* 2. & 16.

Mandata venandi exteris dare non licet, (quos inter tamen non numeramus Studioſos) nec pluribus ſimul mandare licet, verum ſinguli ad ſingula venandi genera duntaxat; denique finitur anno ejuſmodi mandatum. *d. tit.* 8. *art.* 15.

Hæc etiam pertinent ad aucupia volucrium nobiliorum, diſcretis terminis habilibus, ratione modi & inſtrumentorum venandi; adde, quod perdices anniculos ſuæ libertati reſtituere oportet. *d. tit. VIII. art.* 7.

Præter aves nobiliores, vetitum eſt petere ſclopis etiam anſeres, anateſque manſuetos, aliaſque ejuſdem generis, quas vide *d. lib. IV. tit.* 9. eaque gratia, apud decipulas, vulgo *koyen*, non licet uti ſclopetis, cis diſtantiam ſexcentarum perticarum, ſub pœna duodecim florenorum, & commiſſo inſtrumenti. *d. tit.* 8.

Quin & reliquas aves feras vetitum eſt petere ſclopis, a medio Martio uſque ad Feſtum Bartholomæi, ſub pœna ſex florenorum & commiſſi, ut ſupra, *d. tit. art.* 13. excipe palſeres, ſturnos, & omne genus volucrium noxiarum, quas cuilibet quovis tempore licet capere, diſſipare, perdere; nidis excipere nulli licet. ex Edicto *d. XXVI. Mart.* 1658.

Cygni feræ naturæ ſunt, eoſque capere licet, modo non feriantur, qui ad alios pertinent, nam talium cædes mulctatur viginti florenis. *lib. IV. Stat. tit.* 10. *art.* 26.

Quæſitum memini ex facto, an hæc mulcta debeatur his quorum Cygni fuerunt proprii? Quod non videtur: Nam vocabulum *Verbeuren*, quod eſt in *d. art.* 26. magis ſignificat mulctam, quam non exigunt privati, adde *art. ult. d. tit.* 10. ubi eſt eadem expreſſio; Atqui com-

commissum *verbeurte*, nihil ad id quod interest privatorum spectat.

Recurrendum igitur ad locum communem, qui est in *tit.* 8. *art.* 2. ubi mulctæ venationum, in genere applicantur Præfecto Generali Venationum, vernacule *den Houtvester*, aut Magistratui cujusque loci, jure præventionis. Etsi de Cygnis aliquando secus a Curia nostra judicatum meminerim.

Reliqua de Venationibus, earumque speciebus, petas licet ex allegatis Statutorum capitibus, nisi addere velis, prohibitam esse venditionem ferarum nobilium, inprimis exportationem e finibus Provinciæ, sub pœna centum florenorum aureorum, ex Edicto *d. XXII. Jul.* 1652.

Piscatio promiscue licita est in Frisia, præterquam in portubus, aliisque forte an paucis locis, ubi vel publice locatur, vel certis Patribus familiarum datum est hoc jus, pro refectione pontium aliorumve onerum communium: & tamen illic etiam hamo cuilibet piscari fas est, modo aquæ non sint in fundis privatorum.

Sed retia, quibus in piscando Cives utuntur, facta esse debent secundum formam publice præscriptam, quam, & reliqua huc pertinentia, vide *d. lib.* 19. *Stat. tit.* 6.

Evehere pisces, in & sub Frisia captos, extra Provinciam non licet, nisi per duas horas in aliquo foro venum expositi fuerint, sub pœna commissi, navis, piscium, pretiique eorundem; iterum deprehenso duplum irrogatur, postmodum arbitraria pœna est. *d. tit.* 6. *art.* 1.

Sed novissime bono publico sancire placuit Ordinibus, ut certis hominibus liceret evehere pisces pauculis in hunc usum navibus publice concessis, quod tamen deinceps versum in contrarium experientia, rursus abrogatum est.

Trinis ante & post Calendas *Majas* hebdomadibus piscatio fovendæ geniture prorsus interdicta est, sub pœna, prima vice quindecim, secunda triginta florenorum, tertia sub graviori arbitraria pœna. *d. tit. art.* 17.

Postremo nota, si libet, ova nobilium & mansuetarum avium fas non esse tolli neque vendi, nec quidem *Kivitarum* quas habemus, licet hæ nec nobiles, nec mansuetæ sint, nisi in propriis fundis, sub pœna decem Carolinorum. *d. lib.*

6. Hæc ita exempli causa. Quisque suæ Patriæ mores conferat, licet. Cæterum occupatio feræ, piscis, non modo fit manibus, sed & instrumentis, * modo instrumenta sint in nostra potestate, & fera ita sit intricata, ut inde exire nequeat, adeo ut qui illo casu feram interceperit, in id quod interest teneatur, *l.* 55. *h.* qua de re vid. Donell. 4. *comm.* 8. Bronchorst. 3. *Antinom.* 76. Aliter Cujac. 4. *observ.* 2. dix. 4. *Digress.* 17. *n.* 2. Opus autem est facto aliquo, veluti, si quis sylvam circumsepserit, vel lacum suum prius aquis commissum aggere objecto obstruxerit, nempe si tam pisces quam feræ illuc immissæ sint, non aliter, *l.* 3. §. 14. *de Adq. poss.* quanquam prius illud ex ratione juris gentium simpliciter sufficeret, ut putat Grot. *lib.* 2. *c.* 1. §. 2.

SCHOLIUM.

Vereor, an hæc sententia & menti Nervæ & Grotii conveniat. Sane Nerva vult feras etiam immissas sylvæ circumseptæ, & pisces in lacu inclusos non possideri. Et sic eundem quoque Grotius intellexit ac eidem contradixit. Neque de possessione ferarum non immissarum Grotius quidquam. Cæterum, qui inter Nervam Grotiumque dissensus est, communiter tollitur explicando Nervæ dictum de stagno aperto, einer offenen See, *& de sylva ornatus tantum causa circumsepta, ut tamen feræ possint evadere. Vide ex Grotii Commentatoribus* Dn. Ziegel. p. 315. Henn. p. 538. sqq *Aliter* Dn. Puffend. IV. 6. 11. p. m. 500.

RESPONSIO.

Opus est videre Pauli verba, quibus Nervæ sententiam exponit; Item feras bestias, ait, quas vivariis incluserimus, & pisces, quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces qui in stagno sunt, aut feras quæ in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictæ sunt in libertate naturali: *Alioquin, etiamsi* quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est. *Existimavi, ex his verbis manifestum esse, Paulum & Nervam in ea sententia fuisse, septa molesque sylvis & stagnis circumjecta non ita adficere pisces singulos, ut naturalem amittant libertatem & occupatæ censeantur; verum facto aliquo singulis applicito esse opus, ut inclusione & conjectione in aquas. Nervam de feris in sylvas circumseptas* immissis *& de piscibus in stagna conjectis loqui, ut adserit Thomasius, Lector* αὐτόπτης *refellet: & comparatio cum sylva empta*

* Immo forte nuda voluntate, ut multis ex intimiore philosophia & ipsis legum Romanarum argumentis disputat Ill. Gundlingius in *Gundlingianis suis P.* 11. *n.* 3. Von Erlangung des Eigenthums ohne Beruhrung und Corperliche Bewahrung.

empta secus demonstrat. Possideri negat pisces & feras in sylvis circumseptis & stagnis vagantes in iisque deprehensas, non illuc immissas. Grotius complexionem solam putat sufficere. Distinctio Thomasii toto genere abhorret; nec enim nisi de aquis undique conclusis agitur in hac quaestione, & sylvas ornatus causa non feris claudendis quis cingit septis? Praeter quod nec tales ad genus quaesiti pertinerent. Libertatem naturalem feris talibus adscribit Nerva, quod vagentur, neque per se adhuc captae fuerint. Vid. lib. 4. Digress. cap. 17. n. 3.

N. ADDIT.

Jam Auctori consentio. Expungatur itaque Scholium.

Moribus hodiernis sententiam Grotii magis esse valituram, non videtur abnuendum.

7. Ubi prohibita est venatio, ibi non quidem dominium immediate Principibus addicitur, sed tamen mediate, quam primum fera occupata est, Principes ministerio capientium Domini fiunt, quod liquet inde, quia privati feras sine venatione captas retinere non possunt. *Constit. Car.* V. 196. Grot. *lib.* 2. *jur. Holl. c.* 4.

SCHOLIUM.

Sic putem tamen in locis, ubi Principes jus venandi sibi reservarunt, eos etiam ante venationem dominos ferarum, quae in ipsorum territorio vagantur, esse, & quidem jure accessionis, quo pacto dissentientibus, quos inter etiam est D. Pufendorff. IV. 6. 7. *non difficulter respondere potest, quod forte, cum ad jurisprudentiam civilem non spectet, fiet alibi. Conf. interim tradita* Dn. Puffend. IV. 6. 4.

RESPONSIO.

Responsionis loco remittimus Lectorem ad lib. IV. Digress. c. 20. *ubi duas sententias videbit cum ratione rejectas. Primam Grotii, quod Principes aliaeve personae privilegiatae sint domini ferarum, etiam antequam capiantur. Alteram Vinnii & aliorum; Puffendorffii quoque in* d. l. 4. c. 6. n. 4. *qui statuunt, Principibus non competere dominium, sed tantum jus venandi feras. Thomasius priorem sententiam nova ratione confirmat; quod Principes sint domini ferarum, quae in ipsorum territorio vagantur, jure accessionis. Quod si verum est, quisque dominus fundi pariter erit ferarum in eo vagantium dominus, in iisque cessabit occupatio, contra certam juris doctrinam, quae non admittit accessione tam fluxa vagaque dominium transferri.*

N. ADDIT.

Facile responderi poterit ad hanc objectionem Auctoris, si prius praemisero declarationem doctrinae meae ex institutionibus juris divini n. 140. seq.

Originarius modus hodie est unicus, occupatio; haec vero est apprehensio rei nullius, cum animo sibi eam appropriandi. Unde regula vulgaris: Quidquid nullius est, occupanti cedit. Prout autem res ipsae variant, ita variat etiam rerum apprehensio. Hinc mobilia manibus, immobilia ingressione adeoque pedibus apprehenduntur. Est & alia inter haec duo differentia; ad occupationem immobilium sufficit solus corporis contactus, at in mobilibus requiritur etiam, ut ex eo loco, ubi positae fuerunt, dimoveantur, & in locum aut custodiam nostram transferantur. (Ita etiamsi aves in nido tetigerim, abeam tamen postea, possunt ab alio, abstrahendo a legibus civilibus, occupari. Simile quid in apibus.) *Quanquam forte dicendum sit, & in mobilibus sufficere apprehensionem absque motione, si modo illa demonstrari possit.* (e.gr. adquiro feram bestiam mortuam, quam primum cornua teneo; lapillum, cum manu tango.) *Item res mobiles, & prae primis se moventes occupantur instrumentis, v. gr. jaculis, laqueo &c. at immobiles jaculis v. gr.* (vide exemplum de Andriis & Chalcidensibus apud Pufsend. IV. 6. §. 8.) *apprehendere, nunquam inter gentes receptum fuit. Porro cum mobiles regulariter terminos certos ac fines habeant, nullum est dubium, quin si unum rei terminum apprehenderim, totius rei dominium adquisiverim. At in immobilibus, quoniam hae fere naturaliter sibi cohaerent, distinguendum erit. Vel enim eae fines certos acceperunt ab hominum industria, vel minus. In illis,* (*quales sunt aedes*; Huc pertinent etiam agri, postquam certi jam termini ipsis ab hominibus sunt, positi) *etiam praesumetur tota res adquisita, si pars apprehensa corpore sit, v. gr. si quis aedes sit ingressus. In his vero necesse est, ut aliis signis corporeis declarem animum meum, quousque eas occupare voluerim.* (In adquisitione nempe originaria. Nam in derivativa, si minimam partem fundi pedibus tangam, erit possessio adquisita. Nullum enim mobile potest esse sine immobili, saltem quoad usum hominis) *qualia signa sunt, si limites ponam, si culturam iis adhibeam &c.* (Unde si Mercator cum sua familia per naufragium ejiciatur in insulam desertam, tantum id ex insula occupasse censebitur,

bitur, quantum coluit, aut limites poſuit. Reliquæ partes ab aliis, qui per naufragium eo appelluntur, occupari poſſunt. Adde Puſfend. IV. 6. 8.) *Denique cum mobilia accedant immobilibus, non hæ iſtis, igitur abſtrahendo a ſpecialibus ſtatutis, occupatione mobilium,* (v. g. clavium) *nunquam adquirentur immobiles. At immobilium apprehenſione, ſimul res mobiles his accedentes adquiſitæ regulariter erunt. Pro acceſſoriis autem habebuntur omnes res nullius, quæ in rebus immobilibus continentur, aut quarum ſine immobilibus non eſt uſus, ſive ſint mobiles in ſpecie, ut res inanimatæ, ſive ſe moventes ut beſtiæ, ſive ſupra terram, ut aer, ſive intra eandem, ut v. gr. theſaurus,* (De feris beſtiis & Theſauro diſſentit Puffend. IV. 6. §. 4. 6. 7. Sed mihi videntur rationes ejus, quas movet circa feras beſtias, etiam obſtare adquiſitioni beſtiarum manſuetarum, alia ut jam taceam) *Sive ita ſint comparatæ, ut iſtis ſtatim poſſim uti pro lubitu, ſive ſpeciali & laborioſa apprehenſione ad utendum iis ſit opus.* (ut in feriis beſtiis) *Sive ſciam, ubi eas deprehendere poſſim, ſive neſciam,* (ut in Theſauro) *In eo tamen inter res ſe moventes & motas ab alio, eſt differentia, quod dominium rerum ſe moventium,* (*quorſum etiam refero aerem*) *ſine ſpeciali apprehenſione ſit ſaltem momentaneum, & quamdiu eædem ſe ipſas non movent extra rem iſtam immobilem: quod ſi vero citra factum humanum aliunde ſe conferant, deſinat dominium noſtrum, quoniam tum ſunt acceſſoriæ aliarum.* (Atque hic iterum puto eandem eſſe rationem beſtiarum ferarum & manſuetarum. Et accurate loquendo, ſi res nullius occupata fuerit, etſi ibi contineantur beſtiæ manſueti generis; ut oves, gallinæ, revera tamen nondum eſſent manſuetæ, non enim degerint inter homines, niſi forte in rebus derelictis.) *Alia eſt ratio rerum mobilium in ſpecie; quoniam enim hæ regulariter non niſi ab hominibus moventur, per ejusmodi motionem dominium meum non poteſt interverti, neque moventes earum dominium per apprehenſionem adquirere, quoniam ante apprehenſionem non erant nullius. Quod ſi igitur is, qui rerum immobilium dominus per occupationem eſt factus, res ſe moventes,* (ſive feras beſtias, ſive manſuetas. Tum enim ſunt adquiſitæ, non amplius ut acceſſoriæ, ſed ut principales) *ſeparatim apprehendat, & ea manebunt in illius dominio, etiamſi poſtea ſe ipſas in alium transferant locum. Cæterum uti res ſemel adquiſitæ per derelictionem deſinunt eſſe in noſtro dominio, & primævam conditionem recipiunt; ita nullum debet eſſe dubium, earum rerum dominium quærendum eſſe per occupationem. Ex dictis jam facile reſponderi poterit ad quæſtiones ſpinoſas JCtorum,* (confer. Puff. cap. 6. §. 4. 5. 6. 7. 10. 11. 12. 13. & cap. 9. §. 8.) *de adquiſitione ferarum beſtiarum,* (quod non adquirantur niſi per occupationem, quod item potuerint occupari in fundo alterius) *ac amiſſione* (quod etiam ſpeciatim occupatarum dominium amittatur, ſi in libertatem naturalem ſe receperint) *earundem, de adquiſitione gemmarum in littore maris inventarum,* (quod pertineant ad privatos inventores) *de jure Principis hodierno in eaſdem utrum pro dominio,* (quod puto propter §. 147. ſq. Diſſentit tamen Puffend. Sed vide quæ notavi jam ad §. 148.) *ſit habendum, & an ſubditi contra prohibitionem Principis venantes, furtum* (& hoc ego affirmo) *committant? de adquiſitione item theſauri, utrum ad occupationem ſpectet?* (Eo refert Imperator in Inſtit. ſed male. Pertinet enim magis ad acceſſionem) *Et an eo referri debeat adquiſitio miſſilium?*

His præſuppoſitis, reſpondeo, ea, quæ Jus Romanum diſpoſuit de occupatione ferarum beſtiarum, eſſe ex Jure civili. Cum enim populus ab initio territorium occupans, etiam ſit dominus ferarum quamdiu acceſſoria manent: poterit is vel ejus nomine Princeps diſtribuendo agros ſubditis, ſibi feras & jus venandi reſervare, vel earum dominium ſimul cedere ſubditis. Ceſſerant Romani, ſed ne tamen occaſio litibus detur, in quo agro fera capta eſſet, recte propter lites has tollendas Jus Romanum diſpoſuit, ut tanquam res nullius, & quaſi a rep. pro derelicto habitæ, deberent cedere occupanti.

Cum igitur neutra earum ſententiarum vera videatur, ut pluribus *d. loco* demonſtratum eſt; Videndum, ne non verius ſit, medium inter utramque opinionem dari. Exiſtimo nihil obſtare, quominus Lex efficere poſſe dicatur, ut non modo princeps ſolus venandi jus habeat, ſed, ut cives, quos venari contigerit, feram capientes, id ut miniſtri Principis facere cenſeantur, adeoque non ſibi, ſed Principi dominium adquirant. Ita abſurdum vitabimus, ne Lex jus gentium evertat, dominiumque feræ vagabundæ ſtabiliat; nec minus rationem dabimus, quare is, qui non eſt venatus, feram non faciat ſuam; plane cum neutra priorum interpretationum ſtare poſſit.

possit, nihil superesse videtur, quam ut in hac nostra mediaque sententia subsistamus, ut Lex faciat Principem dominum, sed non nisi per occupationem. Enimvero Privilegio venandi non adfici dominium ferarum, sed hoc non nisi per occupationem adquiri, satis inde patet, quod Principes habent suum jus a populis, quibus venandi jus naturaliter competit, nec ideo plus habere possunt quam populus habuerat. Atqui nullus populus est dominus ferarum quoque tempore per suos fines vagantium, sed quamdiu captæ non sunt, manent generis humani communes. Quod autem sola prohibitio venandi facta singulis, & competens Principibus, non absolvat jus Principum, inde probaveram, quia privati feras sine venatione captas retinere non possunt. *Pos.* 20. *ad* 1. *h.* Ad hoc Thomasius.

S C H O L I U M.

Mallem hoc apertius dixisset; Neque enim vim consequentiæ intelligo; neque quid per feras sine venatione captas innuat, neque ex Constit. Carol. art. 196. *vel potius* 169. *(nam hunc auctor præ oculis habuisse videtur) quidquam huc faciens excerpere valeo.*

R E S P O N S I O.

Consequentia, quæ tam obscura Thomasio videtur, hæc est; Cives tenentur ad feras etiam fortuito & sine venatione captas, in publicum deferendas, quod est in d. Const. Carolina, & apud Grot. 2. manuduct. jur. Holl. c. 4. num. 5. *Ergo sola venatio non est prohibita, ut Vinnius & Puffendorfius volunt; nam tunc fere sine venatione captæ fierent capientium. Quippe si nihil civibus quam venatio sit interdicta, quidquid sine venatione accidit, ad libertatem naturalem pertinet idque civibus est reliquum. Eo pertinebat hoc argumentum, idque satis, ni fallor, ita perspicuum est.*

N. A D D I T.

I. Non extat in Constitutione Carolina, neque in artic. 196. *neque in* art. 169. *quod subditi feras etiam fortuito & sine venatione captas in publicum deferre debeant. II.) Etsi extaret, uti thesin ipsam facile concedo, probaret quidem contra Puffendorffium & Vinnium, quod subditis non sola venatio sit prohibita, sed istud non fuit in quæstione. Scholium enim meum adjectum erat eidem positioni, cui adjeceram Scholium præcedens, scilicet verbis initialibus,* num. 7. *ubi per hanc rationem probare voluit Auctor, quod Domini prohibentes venationem, non habeant dominium in feras immediate, sed demum fiant domini per capturam subditorum. Atqui illa ratio neutrum probat. Etiamsi enim Principes sint domini immediate bestiarum etiam ante capturam, quod puto & asserui in rationibus modo adductis, tamen subditi fortuito etiam capientes bestias, sunt obligati, ut feras captas restituant Dominis suis. Ergo Scholium recte se habet.*

Cæterum, amittitur Dominium feræ, ubi naturalem libertatem recuperaverit, aut si mansuefactum sit animal, ubi consuetudinem redeundi amiserit. §. 15. *d. tit. Inst.* Hoc quoque Grotius *d. cap.* 8. *num.* 3. & Groenewegius *ad d.* §. 15. carpunt, hodieque aliter servari tradunt, credo de falconibus & accipitribus, similibusque multa arte doctis; in cæteris non puto rationem juris Romani ubique, nec apud nos sine improbari: sed hactenus jus commune sequendum, quod defendimus *d. cap.* 27. *Digress. lib.* 4.

Ad occupationem quoque pertinet inventio thesauri, rerumque derelictarum; De thesauris egimus *ad Inst. num.* 22. De rebus naufragis & derelictis, *ibidem num.* 21. Item ad *tit. ff. ad L. Rhod. de jact. num.* 9. ubi & de usu moris hodierni, sed de rebus naufragis extat Decretum Ordinum Frisiæ, *d.* 22. *Febr.* 1656. in hanc sententiam.

Inventor rerum naufragarum, certiorem faciat Magistratum loci, intra 24. horas, & hic intra alias 24. horas inventarium conficiat.

Res, quæ servando servari nequeunt, intra primam vel alteram hebdomadem, publice quam maximo pretio distrahito.

Dominus intra annum res suas repetens, Magistratibus præmium det, partem decimam rerum servatarum, & urinatoribus tres nonas partes; reliquum sibi vindicet.

Anno elapso Fiscus succedit; * si quis fraudem fecerit, furti reus habetor.

9. De Accessione cæterisque modis, qui juris gentium dicuntur, tam copiose dictum est *ad Instit.* ut vix spicilegium heic reliquum manserit indictorum. Species Accessionis sunt, Fœtura animalium, Alluvio, Avulsio, & insula

* In Saxonia qui rem alienam invenit, tenetur proclamationem publicam procurare, qua facta, si dominus, qui sub diversa jurisdictione constitutus est, intra sex septimanas compareat, inventori tertiam partem relinquere tenetur. Carpz. *Pr. Cr. qu.* 86. *n.* 6. 7. si nemo dominium probet, duæ reliquæ partes fisco cedunt, *L. R. l.* 2. *art.* 29. 37. Carpz. v. P. 2. C. 9. *d.* 1. Qui vero proclamationem omisit, hoc lucro indignus est, & arbitrarie coercetur. Carpz. *Pr. Cr. l. c. n.* 9. *sq.* j. Schæpffer. *Syn. Jurispr. tit. de adquir. rer. dom. n.* 22. *sq.*

sula in flumine nata. Fœturam animalium sequi naturaliter Dominium Genitricis, ratio fert juris Romani. §. 19. *I. h. t.* §. *pen. Instit. de jur. Person.* Grotius tamen naturali juri negat convenire, ut partus dominum solummodo genitricis sequatur, *lib.* 2. *c.* 5. §. 29. & *cap.* 8. *n.* 18. rationesque duas profert, primam, quia tam animal genitor quam genitrix, fœtus curam gerit; alteram, quod de utriusque substantia partus procreatur. De homine, an partus ancillæ servituti recte addicatur, nolo jam contendere; sed de bestiis videntur rationes Grotianæ parum efficaces. Nam cura pro fœtu in bruto animali, quid ad dominii consequentiam pertinet? Et substantia, quam fœtui confert genitor, ad gignendi quidem vim principalis est; sed ad causam dominii, quod pecuniaria ratione constat, æstimandam, exiguum habet momentum; massa corporis præcipua est a matre, cujus pars & accessio est, in cujus ventre altus & ex qua eductus est fœtus. Plane ut fit in fructibus agrorum, Qui sementem fecit, illorum non est dominus, sed cujus est ager. §. 32. *inst. h. t.* Semen fructuum & semen animalium, ager & venter eodem modo se habent. *l.* 5. §. 2. & 3. *D. l.* 7. *C. de R.V.*

Accessionis argumento accedit, quod in bestiis sæpe non constet, quis sit pater, qua ratione sola Grotius dominium fœtus ex matre censendum putat. Atqui sunt loca, in quibus ad genituram equorum & boum certi genitores constituti sunt, quibus certa magnitudo præscribitur, ut apud Frisios Edicto *d.* 31. *Decembr.* 1631. ne gloria equorum Frisici nominis vilesceret, ut loquitur Lex. An aliud illic juris esset, ut fœtus sint genitorum? Apage rem absurdam.

10. Alluvio habet usum in mari & in fluminibus, tenditque ad privatos ditandos ex sententia juris Romani. Moribus hodiernis, plerique censent, Alluvionem & quidquid in flumine nascitur, esse Principis, ut observant Groenewegius, Voetius, aliique ad §. 20. & *seqq. Instit. h. t.* Idem apud nos obtinere, posset aliquis in animum inducere. Constat enim, Duces Saxoniæ, cum jura Principis in Frisia exercerent, alluviones Biltanas, quæ nunc faciunt ingens territorium, cujus præfecturam gerit Vir nobilissimus Guilielmus ab HAIREN, magnum Patriæ suæ ornamentum, sibi vindicasse: tametsi jus Saxonicum a jure civili hac parte alioqui non discrepet. *lib.* 2. *jur. Sax. art.* 56. (Thomas.) Scimus etiam, Ordines Frisiæ aliquando decrevisse, quo prata, quæ sunt in ostio fluminis Ee, juxta ejusdem nominis pagum, venderent, supponentes ea quasi proprietate publica esse, pari jure, quo fere apud omnes populos id observari testantur Auctores laudati. Verum eo, quod id factum non est, & quod illa prata & quæcunque sunt alluviones in littoribus nostris, a privatis jure dominii possidentur & libere alienantur, dicendum est potius, in Alluvionis doctrina nihil nos habere separatum a rationibus Romanis. Verum tamen est, Ordines sæpe disposuisse de ejusmodi agris in gratiam non vicinorum, hac lege, ut aggeribus adversus maris incursum muniantur: At hoc alio jure niti videtur quam jure Dominii, de quo heic agimus. Nam si Respublica judicet faciendum, ut nova Incrementa terrarum, aggeribus muniantur, existimo, jure Dominii Eminentis id imperari posse; Recusantes etiam possessores Dominio quæsito privari posse, volentes autem aliis præferendos, nullis eorum exclusis, ut de lacubus siccatis Curia censuit apud Sandium. *d. lib.* 5. 2. 2. Atque eo modo non ita pridem usu venit circa alluviones Biltarum novas: quæ sub hac lege, muniendi agros aggeribus, aliis quam vicinis concessæ fuerant. Sed cum hoc privilegium apud Curiam actis esset insinuandum, vocatis his quorum interesse poterat, vicini sese opposuerunt, eo cum effectu, ut privilegium in irritum cesserit. De alluvionibus fluminum & lacuum, quos habemus perpetuos & vastos, hac *parte* idem juris esse crediderim; non obstante, quod in lacubus & in stagnis jus alluvionis cessare juris Auctores volunt. *l.* 12. *in pr. de A. R. D.* Hæc enim de lacubus hyberno tempore stagnantibus, & æstivo crescentibus accipiendum videtur; scilicet, ubi sunt incrementa non stabilia, sed modo crescunt, modo evanescunt, ut indicat textus in *d. l.* 12. In quibus nec apud nos secus obtinuerit, ut ego quidem existimaverim. Nam lacus nostri sunt iidem, quos Germanicus cum classe sua transivit, cum a ripa Rheni ad Amasin contenderet, quos Tacitus *immensos* vocat *lib. I. Annal.* In his non potest hac parte ratio esse diversa, quam est in fluminibus ipsoque mari, nec aliter Curia nostra sensisse videtur, apud Sandium *d. lib.* 5. *tit.* 2. *def.* 2. de quo exemplo mox paulo pressius agendum.

11. Avulsionis exempla perquam rara sunt, ex antiqua potius historia quam recenti memoria

moria repetenda. Nostri agri interiora violentissimæ avulsionis vestigia præ se ferunt: quatenus in profundo terrarum adhuc sylvæ reperiuntur, arbores integræ, salvis etiam frondibus & glandibus: quibus terræ aliunde avulsæ quondam incubuerunt. Insulæ quoque littori nostro prætextæ vetustissimis temporibus sine dubio continenti adhæserunt, quam montibus & tumulis arenosis, qui in illis extant, olim tuebantur, ut in vicina Hollandia & ubicunque maritimæ regiones sunt integræ, divina bonitate prospectum videmus. Si quod denuo Avulsionis experimentum detur, nihil est quod a Jure Romano nos discedere juberet. Idem de insulis in flumine natis esto judicium.

12. Nec secus de Alvei mutatione, si quando eveniat; Huc autem referendum videtur exemplum rei judicatæ, & usus nostri, quod est apud Sandium *d.lib.* 5. 2. 2. Impetraverat aliquis ab Ordinibus lacum publicum suis sumptibus exhauriendum, & dein suis fundis proprietate jungendum. Opposuere se interinationi, quam vocant, vicini reliqui ad idem beneficium admitti contendentes; quod iis a Curia permissum, ex hac ratione, quod lacus publici, ut fluminis publici, fundus sive alveus non est Principis, aut juris Fiscalis, sed ad eos pertineat, qui agros habent proximos, ex auctoritate juris Civilis, idque jus non est, quando flumen adhuc undat, futurum, sed etiam præsens, ut ex Donello *lib.4.comment.c.* 24. Sandius demonstrat. Proinde sic juris est, ubi nihil Statutis aut moribus invaluit contra; Lacus sponte siccatos, pro parte vel totos ad omnes vicinos pariter ac ultro pertinere, quos auctoritate privata liceat illis occupare, Jus autem illos exsiccandi derivationibus aut hydromylis, ad eosdem vicinos pariter spectare, nec ab uno reliquis, ne quidem rescripto Principis, videri præripiendum, ut *Decisione* prædicta & *antecedenti* Sandius e sententia Curiæ nostræ disputat ac concludit.

13. Supererat species Accessionis, quæ frequentis magnique usus est apud nos, de jure superficierum Rusticarum; Sed & de his occupavimus ad *tit. D.locat. Cond.* ubi de *Ædificiis Colonorum*. Porro de Specificatione, Commixtione, Confusione, nihil habemus addendum iis, quæ ad *Inst.*his de rebus dicta sunt copiose. De perceptione fructuum superius actum est, apud eundem *tit. Inst.ad Tit. ff. de Rei Vindic. de Heredit.petitione atque de Usuris*.

14. Ultimus modus est traditio, de qua similiter actum quod satis est abundeque, *ad d. tit. Inst.p.*119.*& seqq.*placet addere paucula. Dissensus in causis tradendi, quarum utravis sufficit dominio transferendo, non impedit dominii translationem, *l.* 36.*h.t.*siquidem dissensus ex simplici errore sit ortus, non si cum contradictione conjunctus, ut accipi potest.*l.* 18. *de Reb. cred.*ita Duar. ad *tit. de Reb. cred. c.* 2. Alii statuunt *ἀντινομίαν*. D. Wissenb. *ad h.t. th.* 26. Dix *part.* 2. *Digress. l.* 2.*c.* 6. Paulo aliter. Thomasius *ad posit.* 26. *h.* (1)

SCHOLIUM.

*In d.l.*18. *principio quidem Ulpianus a Juliano dissentire videtur, quamvis iste dissensus sit mere subtilis. Quid enim interest, an cum Juliano dicas, proprietatem transire; si pecuniam, quam tibi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias? an cum Ulpiano: non transire, sed dari mihi condictionem, exceptione tamen doli mali elidendam? Quod v.* §. 1. d.l.18. *attinet, ille nihil discrepantis* ad l. 36. *disponit: Nam distinguendum est utrum causarum tradendi utraque sit ad transferendum dominium habilis, an uni saltem &c.*

15. Quo brevi manu transeat dominium, summo jure requiritur, ut is, qui tradidisse fingitur, vere sit dominus. *l.* 34. *Mand.*Excipe, si jussero te pecuniam accipere a debitore meo, quæ credita fiat, *l.* 15. *de reb.cred.* consequenter, si tu mihi debeas pecuniam, eamque te. ut creditam retinere jussero, Dominium transfertur. *d. l.*15. At hanc consequentiam negat Africanus *d.l.* 34. Ratio, quia in his, quæ ob usum commercii specialiter recepta sunt, non admittitur consequentia, sed lex requiritur. Aliud enim est jus conditum interpretari, aliud suadere quid recipiendum sit; hoc agit Ulp., alterum Africanus; adeoque non est recusandum, quin sit *ἀντινομία*. Quæ est etiam sententia Thomasii in scholio *posit.* 28. *h. t.*

16. Moribus hodiernis Dominia rerum immobilium non transferuntur, nisi prævia mancipatione judiciali. Quod jus tempore Caroli V. commune per Belgicas Provincias factum esse,

(1) *Videsis Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 1. cap. 19. *Ubi observat, Ulpianum in* l. 18. de Reb. Cred. *non tractare quæstionem dominii, sed quæstionem obligationis, a qua non recedit dum ait:* magisque nummos accipientis non *fieri, quibus verbis proinde nihil aliud significat, quam nummos ex causa mutui non fieri accipientis, cum alia opinione acceperit. Hæc interpretatio maxime juvatur ex illatione quam Ulpianus facit in* ♈. quare.

esse, narrat Grotius in *lib.2. Introduct. cap.5. n.17.* idemque jure Saxonico receptum testatur Thomasius *ad posit. pen. h.t.* Nostro jure Frisico, requiritur equidem ad plenam securamque possessionem rei traditæ, consensus Magistratus & addictio judicialis intra annum. *lib.1 Stat. tit.1.* Verum Dominii translatio inde non suspenditur, nec actus retro nullus redditur; Sed res tradita cadit in commissum: Res amittitur. Qui non impetravit consensum; *die sal dat goeds verliesen*, ait lex, nisi quinquennium a traditione sit elapsum. *d. tit. art.1. & 5.* Hoc arguit, dominium fuisse translatum. Dix. *Jurisp. Hod. lib. 2. cap. 9. n. 16. & seqq.*

T I T. II.

De Adquirenda vel Amittenda Possessione.

I. Remissiones. II. Quot modis Possessio dicatur. An Possessio vel jus ejus, sit jus in Re. III. An Sequester possideat. IV. Differentiæ quædam possessionis Naturalis & civilis. V. Non requiri ad possessionem Decretum, nec tamen inde sequi, Possessionem ipso jure ad hæredem transire. VI. De Amittenda retinendaque Possessione. VII. Regulæ tres de Possessione. VIII. De Constituto Possessorio.

(a) HUic etiam Rubricæ maxima parte satisfactum est, *ad Inst. tit. de A.R.D. pag.124 & seqq.* nisi placeat heic addere, quot modis possessio accipiatur. I. Scilicet pro detentione qualibet; saltem quæ habet restituendi facultatem *l.9. in fin. de R. V.* II. Pro detentione cum animo sibi aut alii rem habendi; ut probavimus *ad tit. de A.R D. pag.124.* III. Pro detentione cum animo sibimet habendi tantum, quo sensu, qui aliis possident, dicuntur non *possidere*, sed esse in possessione. §.5. *l. de Interd.* IV. Pro detentione cum opinione dominii. *l. 25. de Usucap.* §.4. *Inst. Per quas person. cuique adquir.* V. Pro detentione custodiæ causa, quemadmodum ubi missio in *possessionem* fieri dicitur. *l.3. §.ult. h. t.* VI. Pro hæreditate Prætoria, quo tamen sensu vocem, bonorum, juxta se requirit, & vocatur Bonorum Possessio. *tit. I. & Pand. de Bonorum Possessionibus.* VII. Pro ipsa re possessa immobili. *l. 2. C. Ubi in rem actio.*

2. (b) Porro quæ ad Definitionem divisionemque possessionis pertinent, collocavimus *d. pag.124.* Ad titulum *de interdictis*, ventilata est Quæstio, sitne Possessio tale jus, quod in Re Constitutum dici queat, *n.1. n.7. & n.10.* quæ est hodiernæ scholæ, non veterum Juris auctorum Quæstio; cum his plane fuerit incognitum Jus in re & ad rem, ut hodie usurpatur, quod est ex Jure Canonico, sicut probavimus *in lib 4. Diger. c.4. & Animadvers.ad jus in Re & ad Rem.c.6.* Ne quis putet, Veteribus JCtis tam certum fuisse, Jus possessionis esse jus in Re, ut ea super re ne quidem dubitaverint. Ignoti nulla dubitatio, ut opinor.

3. (c) Cæterum, possessionem late sumptam, convenire etiam creditoribus, usufructuariis, colonis, commodatariis, probatum est *ad d. tit. Inst. de A. R. D.* Adde, etiam Sequestro. *l. 17. §. 1. Depositi.* Sed cum hic sit absque animo sibi habendi, multo magis absque opinione Dominii, non est ea possessio talis, quæ ad usucapionem prosit sequestro, cujus respectu id nullo modo agitur: Sed victori interim ejus rei possessio prodest ad eventum usucapionis, nisi aperte aliud inter partes convenerit. *l.39. h.t.* Imo id semper atque tacite actum intelligitur, ut neutrius partis possessioni id tempus, quo sequester possedit, procedat, *d.l.17. §.1. Depositi.* quem difficilem nodum nulla ratione, sed manu sola explicari posse, volunt Auctores, ut refert D. Wissenbachius in *th. 26. h.t.* Tu vide, numquid hujusmodi explicatio satisfaciat; Dum res sequestratur, neutra pars possidet; hoc enim agitur, ut dum partes litigant ac ambigunt, uter rem possideat, neuter eam teneat, sed tantisper a tertio possideatur, donec lite decisa, pateat utrius sit jus. *d. l. 17.* Huc respexit illud *Interim*, quo sequester possedit, & quod victoris sive ejus, qui jus haberet, causa creatum est, cui etiam prodesse debet atque prodest, nisi contra diserte convenerit, *d. l.39.* Ita facile, ni fallor, evitantur violenta remedia Freheri, Bachovii & aliorum, quæ Wissenbachius commemorat *d. loco*, & sequester erit minister ejus, quem res judicata monstrabit habere jus possessionis.

4. Ad intellectum divisionis in Civilem & Naturalem possessionem, pertinet hæc positio.

(a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 12. & 13.* (c) *Pos. 2.* (d) Pos-

(d) Possessio Civilis in jure, naturalis in corpore consistere dicitur, *l.* 10. *C. de Adq. poss.* ut tamen quæ juris est, etiam in corpore consistat, & hæc insit illi, velut usus in usufr. *l.* 14. §. 1. *de Usu & habit.*

S c h o l i u m.

Hoc distinctius mallem posuisset. Nam communiter possessio civilis, quæ in jure consistit, explicatur de ea, qua v. g. peregre absens possidet ædes, quas reliquit vacuas, & naturalis in corpore consistens, de ea, qua possideo ædes, in quibus habito. Quo supposito, magis dicendum videbatur, possessionem juris inesse possessioni corporis (h. e. possessioni ejus, qui inhabitat ædes jura possessionis competere) quam possessionem corporis inesse possessioni juris, aut possessionem iuris consistere in corpore.

R e s p o n s i o.

Distincte satis exposita sunt ad d. tit. I. de A. R. D. pag. 124. *Thomasio hæc breviter dicta, videntur obscura, quin fingit sibi possessionem civilem sine detentione. Considerandа est possessio sicut est originaliter & dum adquiritur, quando nunquam est absque detentione, civilis nihilo magis quam naturalis. Retinetur equidem possessio sine detentione, at hoc est proprium possessionis civilis. Etiam naturalis possessio potest esse domus, in qua non habitat Possessor; sicut is, cui domus est pignorata, vel a quo bona fide possidetur, manet ac est possessor, etiam quando rebus incumbit. Tu vide sis* prædictum locum.

N. A d d i t.

Quod mihi non fingam significationem possessionis naturalis & civilis, patet ex omnibus fere commentatoribus ad h. t. Saltem unicum Struvii locum adducemus Exerc. 42. th. 5. *Dividitur, inquit, possessio in naturalem & civilem, quæ divisio vel accipitur de modo possidendi seu detinendi; & civilis dicitur, quando animo possidemus, seu retinemus possessionem; naturalis vero, quando corpore & facto aliquo possessionem apprehendimus, vel ei insistimus,* l. 3. §. 13 §. 3. l. 1. §. 1. h. l. 10 C. eod. l. 1. §. 24. de vi & vi arm. *quæ etiam corporalis possessio appellatur.* l. 25. §. 2. h. *Vel de ipsa forma possessionis: cum namque affectus rem, quam quis tenet, sibi habendi, vel innitatur animo aut opinione se dominum esse, vel isti non innitatur; sed licet quis sciat credatve se dominum non esse, tamen effectu quodam sibi habendi rem detinet: Ideo duæ Species possessionis inde veniunt, quarum altera naturalis, altera civilis appellatur, quia licet utraque naturalem detentionem, & utraque affectionem habendi desideret* l. 3. §. 1. l. 8. h. *tamen illa magis in naturali detentione consistet, specialis vero affectus ac opinio domini; quæ in hac subest, magis in jure consistit, & titulos jure civili probatos & dominii translativos requirit,* l. 3. §. 21. h. l. 2. pro suo. *unde & in* l. 10. C. h. *dicitur*, possessionis duplicem esse rationem, aliam quæ jure consistit, *nimirum civilis*, aliam quæ corpore, *scilicet naturalis. Perez.* in C. h. n. 2. 3. *Hactenus Struvius. Etsi vero jam non negem, aliam esse etiam significationem possessionis naturalis & civilis, quam eam, ad quam in scholio respexi, nempe illam, quam secundo loco proponit Struvius, & de qua expressa* d. l. 10. C. h. t. *ad quam Auctor etiam provocat, tamen nec de hac procedit assertio Auctoris, quod possessio Iuris comprehendat possessionem corporis. Nam ut vides, possessio juris illa, de qua* d. l. 10. C. *est possessio justa, bonæ fidei, justo titulo subnixa; naturalis, possessio injusta, malæ fidei, nullo subnixa titulo. At harum neutra species alteram continet, quia sunt species plane oppositæ & contradictoriæ.*

(e) Hinc quia possessio utraque corporalis est, tam animo quam corpore ad utramque opus est adquirendam. *l.* 3. §. 1. & *l.* 8. *h. t.*

S c h o l i u m.

Quamvis negaverimus ad n. 2. possessionem civilem in corpore consistere, non negamus tamen, ad Civilem adquirendam & corpore & animo esse opus. Est quippe differentia inter possessionem civilem & naturalem, desumpta non a modo adquirendi, sed a modis retinendi.

R e s p o n s i o.

Quis est auctor Thomasio, possessionis naturam potius in modis retinendi, quam in statu adquisitionis esse spectandam? Ego cujusque rei naturam in primo statu adquisitionis maxime spectandam censeo, IS enim genuinus & naturalis adspectus est; quod & in possessione locum habet, inprimis quia facti est, omne autem factum est corporale, eoque pertinet, quod rem oporteat esse corporalem quæ possideatur. l. 3. in pr. h. t. *Hæc autem conveniunt adquisitioni, non retentioni, quæ animo contenta est. Quod si corporalis actus ad naturam possessionis civilis non pertineret, nihil causæ apparet, cur sine corporis actu possessio non posset adquiri.*

(d) *Pos.* 3. & 9. (e) *Pos.* 4.

N. Addit.

Hic nihil opus est, quam ut provocem ad omnia fere juris systemata, quæ ostendunt, divisionem quandam possessionis, in naturalem & civilem, a modo retinendi esse desumptam, uti jam in additione præcedenti et Struvio est ostensum. Aliud vero est dicere, differentiam possessionis in naturalem & civilem, esse desumptam non a modo adquirendi, sed a modo retinendi; aliud, possessionis naturam potius in modis retinendi, quam in statu adquisitionis esse spectandam. Posterius mihi in Scholio imputat Auctor, quod nunquam dixeram, unde quæ sequuntur in responsione, ad me non pertinent.

(f) Adeo ut nec hæres possideat id, quod defunctus possedit, nisi denuo rem apprehenderit, *l.* 23. *in pr. h. t.* quamquam id in plerisque foris Europæ aliter interpretantur, per dictum celebre Gallicum, *le mort saisit le vif*: * mortuus apprehendit vivum; id est, possessio mortui continuatur in hæredem. Frisii tamen & hic sunt veteres Justinianæi: *Etiam nos Saxones*; addit Thomasius; (g) Porro, quia corpore adquiritur possessio, sequitur, inficiatione rei depositæ vel commodatæ, non amitti possessionem, sed re demum loco mota, *l.* 3. §. 18. *h.* & sic capienda *l.* 47. *h.* (1)

SCHOLIUM.

Non admittit hanc explicationem l. 2. §. 47. de O. J. *ex qua constat, Nervam filium, cujus sententia refertur in* d. l. 47. *adhæsisse Labeoni; Sabinum contra & Cassium, qui defenderunt assertionem* d. l. 3. §. 18 *fuisse Capitonis asseclas, quibus adeo non probabile est inter se convenisse, quamvis horum sententia & verior & principiis Justiniani, quæ in Institutionibus posuit, sit conventientior. Interim obiter inde nota: Paulum, cujus est* d. l. 3. *etiam a præceptore suo Papiniano, ad quem spectat* d. l. 47. *dissentire non dubitasse.*

RESPONSIO.

Statuit igitur, hanc esse antinomiam Thomasius. Nec ego valde recusem, veteres ipsos hic in re discrepasse, sed mihi non videtur absurda res vel indigna Juris auctoritate, sic in animum inducere. Cum Justinianus ubique loquatur, nec JCtorum amplius nomina ut auctorum considerentur; Cæsarem in l. 47. *loquentem, ita accipiendum videri, ut locus exprimens consilium non reddendi rem depositam vel commodatam, ad locum alium, qui superaddit contrectationem, referatur, & ex eo declaretur.*

N. Addit.

Sed istud effugium hic non proderit Auctori quicquam, quo suam conciliationem salvet. Nam expresse Papinianus in d. l. 47. *recensens sententiam Nervæ, loquitur de casu, ubi adhuc nemo invasit res commodatas vel depositas, i. e. ubi nulla earum rerum contrectatio facta est.*

(h) Quamvis autem rei contrectatio requiratur, haud tamen necesse est, omnes rei partes contrectari, sed ex fundo v. c. sufficit unam glebam. *l.* 3. §. 1. *h.* Quin & oculis adquiritur possessio, *l.* 1. §. 21. etiam ex turri. *l.* 18. §. 2.

(i) Universitas tamen rerum non videtur unius rei apprehensione possideri; quanquam fideicommissarius hæres una re accepta, a fiduciario totam hæreditatem recepisse videtur, *l.* 37. *ad SC. Treb.* hoc enim ad actiones transferendas, non ad possessionem adquisitam pertinet. *d. l.* 37. *in f. pr.* junct. *l.* 23. *in pr. h. t.* Adde Wissenbach. *th.* 13. *h.* Struv. *th.* 16. *h. t.*

(k) Denique, fundo possesso, thesaurus latens, nisi peculiariter apprehensus, non possidetur. *l.* 3. §. 3. *h.* D. Wissenb. *ad h. tit. th.* 11. (2) *

Hinc rei incertæ, quæ apprehendi nequit, possessio non est, *l.* 3. §. 2. *h. t.* velut, si hac mente sis, ut quidquid Titius habet, possidere velis; sed rei pro indiviso communis, datur & vindicatio & possessio. *l.* 70. §. 1. *de Rei Vend.* junct. *l.* 6 *l.* 8. *eod.* (3)

(l) Quilibet absens per procuratorem recte adquirit possessionem, si & ipsi hoc animo sint, ut nobis adquirant; nam si tradatur illis, ut nobis adquiratur, illi vero præ se ferant, se sibi adquirere, nihil ad nos transit, *l.* 1. §. 20. *h.* quod secus est, si animum tacite ita inducant, *l.* 13. *de Don.* quæ sic non obstat. Aliter alii.

5. Adquiri possessionem diximus animo simul & corpore; qua de re mendum sedit incorrectum in prima parte ad *Inst. pag.* 453. ubi commodum remissio facta est ad hunc locum. Sed

(f) *Pos.* 5. (g) *Pos.* 17. (h) *Pos.* 18. (i) *Pos.* 10. (k) *Pos.* 20. & 21. (l) *Pos.* 22.

(1) *Ita capiendam esse* l. 47. h. t. *latius docet Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 1. cap. 10. *ubi simul ad objectiones respondere sategit.*

(2) *Confer ad intellectum* l. 3. §. 3. h. t. *Abrah. Wieling.* lection. jur. lib. 1. cap. 19. *ubi textum Pauli vindicat a vitio Clarissimi D. Noodt.*

(3) *Rationem differentiæ hujus exponit Bartholomæus Chesius* de different. jur. cap. 100.

* De hac Francici Juris Regula, præter JCtum Tiraquellum haud pœnitebit contulisse Schilterum *Exercitat. ad D.* XV. §. 11. & *Exerc.* XXX. §. 105.

Sed præter actum corporis & animi nihil aliud, non utique decretum judicis, requiritur, ne quidem in Hæreditate adeunda, *l.* 23. *in pr. de adquir. Poss.* licet ex jure prætorio, *l. ult. C. Qui admitt. ad bon. poss.* qua de re Fachinæus *lib.* 5. *controv. c.* 74. etiam Statutis Frisiæ insertum est *lib.* 1. *tit.* 17. *art.* 16. Unde quod aliqui e nostratibus collegerunt, heic etiam obtinere prædictam Gallicæ praxeos sententiam, *Mortuus in possessionem mittit vivum*, vitiose factum est; cum idem jure civili obtineat, ubi tamen apprehensio necessaria est. Contrarium potius ex eodem Statuti articulo colligitur, verbis; *Hæredes impune occupant & ingrediuntur in possessionem bonorum, in quæ successerunt, nulla expectanda missione in possessionem eorum bonorum*. Quæ nihil, quam quod jus civile dictat, præ se ferunt. Scil. Hæredem, tam suum quam extraneum, sola apprehensione, nec sine ea, possessione potiri. Cæterum, de usu sententiæ illius Gallicæ, receptæ vel non receptæ, *inferius* occasio dabitur, & videri potest Tiraquellus *tom.* 4. *tract.* 2. *Le mort saisit le vif.*

6. (m) Possessio corpore animoque semel adquisita tantisper retinetur, donec animus eam retinendi manet. Placuit enim solo animo retineri possessionem, animoque solo amitti. Nam etsi in fundo sis & nolis eum possidere, protinus amittis possessionem, *l.* 3. §. 6. *h.* quemadmodum si quis animum possidendi servet, ipsam retinet possessionem, non modo si quis ejus nomine sit in possessione, veluti colonus, inquilinus, commodatarius, sed etsi neminem in possessione reliquerit, tamen si non relinquendæ Possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, ut in saltibus hibernis æstivisque fieri, monet Paulus in *l.* 3. §. 11. *h. t.* retinet possessionem. §. 5. *I. de Interd.* Sed animum possidendi habere, non est ita in animum inducere, ut quis fingat se possidere, sed ut solide civiliterque velit ac putet se possidere; quamvis etiam ab alio sit occupata possessio, idque vetus possessor ignoret; tamen retinet possessionem, etsi alter quoque possideat, sicut de eo, cui dum ad nundinas profectus erat, alius ipso ignaro intervertit possessionem, Ulpianus scribit in *l.* 6. §. *ult. h. t.* Interest tamen aliquid, in jure possessionem retinendi, utrum quis per se, an per alium nomine suo possideat. Nam is, qui per se possidet, possessionem retinet, quamdiu nescit alium occupasse rem suam absentis. Qui vero per alium possidet, si minister ille discedat, aliusque possessionem ingressus sit, etsi dominus possessionis id ignoret, amittit tamen possessionem. *l.* 44. § *ult. & l.* 46. *h. t.* Quod si possessio ab alio non sit occupata, sed a ministro tamen derelicta cum animo non redeundi, possessio non amittitur. Fuit hæc vetus Quæstio, de qua sectarum Principes non idem senserunt, ut videre licet ex *l.* 31. *de Dolo malo. & l.* 40. §. 1. *l.* 3 §. 8. *vers. Quod si servus. h. t.* Sed Justinianus hanc Quæstionem decidit: immo latius constituit, Factum servi, coloni, aut alterius cujuslibet, qui possessionem *dereliquit aut alii prodiderit, ut alius eadem possessione potiatur, nihil penitus domino præjudicii generare*, modo per hunc nullo modo steterit, *l. ult. C. h. t.* Vult Imperator, possessionem non amitti per factum aliorum, sub quo nulla causa videtur, quare non traditio a Colono in tertium facta comprehendi debeat; nec enim hoc etiam non est prodere, si meus colonus fundum meum alii tradat, etsi quibusdam visum sit, traditionem sub proditione non intelligi; quos secuta est aliquando Curia nostra, sequiturque Wissenbachius ad *h. t. th.* 21. Rectius ex adverso disputat Sandius *lib.* 5. *tit.* 4. *defin.* 2. Porro ex prædictis, quomodo amittatur Possessio, intelligimus, animo quoque solo, etsi plerumque tam animo quam corpore ad amittendam possessionem concurri soleat, *l.* 8. *h.* juncta *l.* 153. *de R. J.* quorum locorum collatio demonstrat, in *l.* 8 particulam *fere* desiderari, ut post alios Wissenbachius noster ad *h. t. th. ult.*

7. (n) Porro discrimen inter dominium & possessionem traditur, quod dominium non nisi ex una causa, possessio ex pluribus contingere possit. *l.* 3. §. 4. *h.* §. 10. *Inst. de Legat.*

(o) Nemo tamen sibi causam vel genus possessionis mutare potest, nisi priori possessione dimissa. *l.* 3. §. 19. *l.* 19. §. 1. *h. t.*

(p) Proinde potest aliquis possessioni incumbens constituere, sese alieno nomine possidere, quod fit omni die in venditionibus & hypothecis per clausulam Constituti. *l.* 18. *& l.* 28. *h. t. l.* 35. §. 5. *C. de Donat.*

8. DE CONSTITUTO POSSESSORIO. Isthæc ultima regula majoris est usus, ut ad *Tit de contrah. empt* atque in materia pignorum, antehac habuimus. Intellectum juris, & usum hujus Constituti Forensem,

(m) *Pos.* 6. 10. & 11. (n) *Pos.* 14. (o) *Pos.* 15. (p) *Pos.* 16.

fem, executus est Tiraquellus *in tom.* 4. *tract.* 3. *qui est de Constituto possessorio*. Expediet, ut ulum ejus aliquot petitis e medio, seu commemoratis antea sive indictis exemplis illustrari. Summa vis Constituti est, quod transfert Possessionem in eum, cujus nomine quis se possidere constituit, idque sine traditione, sola declaratione voluntatis: quod meo, inquam, nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec obstat, quod causam possessionis ipse mutare mihi videor, sola scilicet animi inductione, quam ipse mecum facio: Potius enim hæc res ita administratur, ut ego desinam possidere, quod sola animi declaratione fieri posse, *supra* demonstratum, aliumque meo nomine possessorem facio. Tu dices, res manet in eodem statu, possidet qui prius possederat, nec ulla fit translatio. Imo non possidet qui prius possederat. Nunc enim est minister alienæ possessionis, antea ipse possederat. Nec enim possidet, qui pro alio tenet, comparate ad eum, cujus nomine possidet, hic enim solus intelligitur possidere. *l.* 18. *in pr. h.t.* cujus textus est illa paraphrasis. Hoc modo qui rem suam alteri donat, retento fructu, videtur eam tradere, & donatarius eam rem per veterem dominum, ut fructuarium, possidet. *l.* 28. *&* *l.* 35. §. 5. *C. de Donation.* Similiter qui fundum donavit, eundemque sine traditione conduxit a donatario, possessionem in hunc transtulisse videtur. *l.* 77. *de R.V.* Qui vendit rem, eamque rursus ab emptore conduxit, æque possessionem transtulisse videtur. *l.* 32. §. 1. *h. t.* Emptor re tradita constituere solet, se nomine venditoris possidere, donec pretium totum solutum fuerit: Cujus rei hic effectus est, in priori quidem specie, ut emptor rem, licet non traditam, a quolibet possessore vindicare possit; atque in posteriore casu, res a Creditoribus emptoris distrahi non potest, quia venditori jus possessionis, Constituto ei quæsitum, adimere non possunt. Animadvertendum est autem, quo jure possideat venditor rem a se venditam sub clausula Constituti: vulgo existimantes vidi, frequenter, *jure dominii*, quod Clausula constituti reservatum arbitrentur. Sed male. Nam traditio ex causa venditionis, dominium naturaliter transfert, & quia Constitutum de possessione tantum loquitur, non potest hoc omnem abolere venditionis naturam. Est igitur hypothecæ, quæ venditionis instrumentis adjicitur, accessio hæc clausula Constituti; quemadmodum omni hypothecarum generi frequenter adjicitur; eæque sunt pignorationes medii generis, inter Pignora stricte sumpta & hypothecas; ut detentio maneat penes debitorem, possessio civilis apud creditorem, cui applicantur Interdicta, cum jure tralatitio possessionis, ne res ei sine judicio & sine demonstratione juris potioris eripiatur.

Quid vero, si is qui constituerit se pro alio possidere, possessionem realiter in alium transtulerit, an is, cujus nomine constituit, posteriori non præferetur in possessorio? Negat Tiraquellus *d. tract. part.* 1. *n.* 28. Nam confestim, ait, quam is qui constituit se possidere nomine Titii, rem alteri vere tradit, is privat Titium ea possessione. *per l.* 12. *de Vi & vi arm.* *l.* 3. § 8. *vers. quod si serv.* *&* *l.* 44. §. 2. *de Alquir. Poss.* Per quos tamen textus nihil aliud probatur, quam quod antea dictum est, jure veteri, per ministros possessionis nostræ, eam in alium transferri posse. At cum hoc mutatum sit *per l. ult. C. h.t.* nulla est ratio, quare nec is, qui jus Constituti habet, eodem jure gaudeat. Idque ipse Tiraquellus satis indicat *n.* 54. ubi docet, si debitor constituerit se bona sua possidere pro Creditore, & quædam ex iis deinceps alteri vendiderit & tradiderit, posse creditorem, nulla bonorum debitoris discussione facta, tanquam sua possessione privatum, recta contra hunc tertium agere ad revocandam possessionem suam, quam ex ejusmodi Constituto obtinebat, per condictionem ex *l. ult. C. de Alquir. possess.* idque prolixe confirmat, etsi nec qui dissentiunt desint, ut docet *n.* 56. *& seqq.* Adeo ut dentur ei quoque remedia tam retinendæ quam recuperandæ possessionis, per *d. l. ult. d. tract. part.* 2. *ampl.* 13.

Sed quod idem *ampliat.* 8. per hujusmodi Constitutum in contractu appositum, transferri docet dominium, per consequentiam Possessionis, nullo modo admittendum est, neque id ex ullo textu, vel ratione juris probatur, nec adeo in Foro servatur; nisi forte loquatur de Constituto precarii, quo quis fatetur, se rem ab aliquo habere precario; tunc enim supponi dominium, res & natura Precarii declarat.

Facilius impetret consensum, quod habet in *ampliatione* 23. posse Constitutum etiam in Testamento formari, ut nihil sit, quam declaratio Testatoris, in securitatem Creditoris, *arg. l.* 26. *de Pignor. act.* scilicet hoc modo, ait Tiraquellus, ut declaret, se jam ex eo tempore,

pore, quo testatur, possidere nomine alterius, secus si constituerit se possessurum post mortem suam; tunc enim id Constitutum omnino esset inutile, invalidum & inefficax, ait *n.6.* Quod equidem est verum, si constituat se possidere post mortem suam, quod absurdum foret; nos intelligimus, eum constituere posse in hunc sensum; ut hæredes sui, nomine Creditoris alicujus, certas res ipsi pignoratas possideant: quod effectum habere non potest, nisi post obitum Testatoris, quia prius nihil de testamento valet. Imo Tiraquelli sensu vix est, ut Constitutum in Testamento valere queat. Nam Testatoris declaratio non nisi post mortem effectum habere, neque tum is possidere potest. Ut autem ab eo tempore quo testamentum est factum, Creditor retro possedisse dicatur, alienum est a natura testamenti, quod non potest operari ante obitum testatoris. *μήποτε γὰρ ἰσχύει ὅτε ζῇ διαθέμενος, Ἐπὶ νεκροῖς βεβαία Διαθήκη. Testamentum morte fit validum; quamdiu vivit Testator, nihil adhuc valet.* Potest enim revocari, nec viventis ulla est hæreditas, aut ultima dispositio. *l.1. de Hered. vend. l.4. de Adim. leg.* Illud ex prædictis satis liquet, Constitutum non valere per se, verum semper alii accedere contractui, negotiove efficaci & valido, ut multis idem probat Tiraquellus *limit. 6. & 7.* quomodo & in usu nostro vix alius Constituti usus, quam in Clausulis Instrumentorum exercetur.

Qua occasione vellem Tabelliones sibi persuaderi paterentur, ut non modo hæc latina verba. *sub Clausula constituti*, quæ nec contrahentes, nec ipsi plerumque intelligunt, sed ipsam Constituti sententiam, id est, declarationem quod quis alieno nomine possideat, inferent instrumentis: ut ne fieret, quo multi per ignorantiam hujus clausulæ damnis adficerentur. Monet hoc etiam Tiraquellus, qui non aliter valere docet Constitutum, quam si explicite contractibus apponatur, ita ut a partibus expresse conventum est. *limit. 31.* quod haud de nihilo quis contenderit, si Latinis hujusmodi verbis impositum sibi conquestus fuerit.

T I T. III.

De Usurpationibus & Usucapionibus.

I. Usurpatio quid re & verbo. II. De Usucapione remiss. & usus. III. Jus hypothecæ, post dominium per eam mutatum, posse manere salvum. IV. An per litis contestationem interrumpatur.

PRima pars Rubricæ de Usurpationibus, ut apparet, agere promittit. Est autem Usurpatio nihil heic aliud quam Usucapionis interruptio. *l.2 h.t.* Cur autem primo loco de hac agitur, cum usucapio, cujus illa est accidens, præcipua & primi loci esse deberet? Dic, quia non est usucapio, nisi perfecta; perfectionem autem ejus impedit ac prævenit usurpatio, quam idcirco prius oportuit expositam; sed usurpatio nihil in sese aliud est quam retentio vel adquisitio per usum; Sic usurpare servitutem, *l.6. §.1. l.8. in fin. Quemadm. servit. amitt.* Usurpata lex, id est observata. *l.2.§.1. de Administr. rer. ad civit. pertin.* Sæpe tamen in deteriorem partem pro usu illegitimo accipitur. Sic, usurpatum, tametsi nullo jure, *l.13. §.ult. de Injur.* usurpare collegium illicitum *l. 2 de Colleg.* usurpare dominium totius, cujus pars ad aliquem pertinet. *l.5. C. de Ædif. priv.* Usurpare immunitatem. *l.9.§.ult. de Publican.* Et hinc notissimo usu, Usurpatio pro usu injusto, & usurpatores regnorum, qui alias Tyranni titulo. Unde igitur, quod *Usurpatio* significat interruptionem usucapionis, quæ res juris effectum habet? Videtur hæc esse ratio. Quamdiu Usucapio non est impleta, revera nihil est quam usurpatio, sive usus simplex nullo jure præditus. Quando igitur alius ante Usucapionem occupat usum rei, is eam rem usurpat, nullo quidem jure; sed quia Usucapio primi possessoris abrumpitur, idque per Usurpationem tertii, factum est, ut Usurpatio illa videretur usucapionis interruptio; quæ revera per non usum possessoris committebatur. Atque hinc ea vox in hujusmodi sensum fluxit.

2. (a) Tandem igitur Usurpatio impleta, secundum leges vocatur *Usucapio*, cujus definitionem omniaque requisita, ad *Instit. h. t.* declarata vidimus. Sed Usucapiones & longi temporis Præscriptiones, Belgarum aliorumque

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. & 10.

quæ moribus in desuetudinem abiisse, magno consensu tradunt Auctores pragmatici, ut Grotius *Introd. lib. 2. part. 7.* aliique plures citati a Groenewegio *ad pr. Inst. de Usucap.* Galli sane & Belgæ ita, quibus sola probatur præscriptio tertiæ partis seculi. Non idem Saxonum * & Frisiorum moribus; de illis Wesenbec. *par. h. t. n. 7.* Frisii non recedunt hac parte a regula communi; Jus Civile servari, quatenus non est abrogatum: Cujusmodi nihil de Usucapionibus proditum habemus. Etsi doctrinam ejus frequenter usu venire, in Foro nostro datum non est animadvertere: Tamen ut satis constet, nihil obstare, quominus usurpetur. Quia tamen nihil singulare vel indictum habemus ad hunc locum, breviter eum transgrediemur.

3. (b) Hoc, obiter, ad effectus usucapionis pertinet, quod, etsi inferat dominii mutationem, jus tamen pignoris alii creditori quæsitum non tollit, ut est *in l. 44. §. 5. h. t. 1. §. 2. de Pignor.* quod nec hodie sublatum, eo quod hypothecariæ præscribitur eodem tempore, quo usucapiuntur res immobiles, *l. 1. & l. 2. C. Si advers. credit.* juncta *l. un. C. de usucap. transform.* ut paulo crudius habet D. Wissenb. *ad h. t. th.* 12. Potest enim fieri, ut res hypothecæ obligata sit eo tempore, quo jam dominus possessionem ejus amiserat, & usucapio inchoata erat, eoque casu hypothecaria diutius vivit quam dominium; ne de rebus dicam mobilibus, in quibus nihil hactenus mutatum.

4. (c) Per litis contestationem interrumpi usucapionem, (est Usurpatio Civilis) dictum est *alias*, & habetur in *l. 10. C. de Adquir. Poss. & l. 10. C. de Præscript. long. temp.* In quibus textibus nihil est, quod jus novum ab illis introductum esse persuadeat, cum ratio de præsumpta derelictione vel negligentia, qua usucapio nititur, per litis contestationem manifesto extinguatur. Plerique tamen jure Pandectarum secus obtinere contendunt per *l. 2. §. ult. D. pro empt. l. 18. de Rei Vindic. l. 9. §. 6. D. Ad exhib. l. 2. D. pro Donat.* in quibus post litem contestatam tempus usucapionis & præscriptionis adhuc currere dicitur. Vide, ne non ita sit dicendum; Quamdiu adhuc pendet lis, tempus currere dicitur, & si per sententiam possessio maneat suo loco, continuatur cum effectu. Sed avocata per sententiam possessione, tempus post Lit. contest. non prodest ad implendam usucapionem. (1) Idque docet prædicta *l. 10. C. de Præscr. l. t.* Hoc intellectu, nulla juris antiqui & novi hac parte discrepantia fuerit.

TIT. IV.

Pro Soluto.

(a) PRetium operæ videtur, singulos percurrere titulos, ex quibus usucapionis usus maxime colligi potest. Monitum de illis universale præbet argumentum Tituli, *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*; non eum esse titulum usucapiendi, quem partes præ se ferunt, sed quem revera tractant. Quare si vendere se rem simulent, cum donandi sit animus, non pro emptore, sed pro donato res usucapta censetur. *l. ult. pro Don.* Quod si Titulus, quem revera tractant, sit nullius momenti ad usucapionem, etsi quem præferunt sit idoneus, tamen nihil agitur, quia non ejus quem simulant, sed quem dissimulant rationem esse habendam, prædictus docet titulus, utique *l. 1. & l. 3.* Atque hæc ad ea, quæ Thomasius *ad h. t. pos. 1.* arguatur, suffecerint.

N. ADDIT.

(b) *Pos.* 8. & 9. (c) *Pos.* 5. 6. & 7. (a) *Pos.* 1.

(1) *Crediderim inter moras litis usucapionem compleri, remque vere usucaptam esse, licet postea contra possessorem judicetur;* idque vel ex sola l. 18. de rei vindic. *colligi potest, quæ non obscure innuit, pignus valere, si possessor rem inter moras litis usucaptam oppignoraverit, eoque nomine possessor cavere jubetur dum condemnatus rem restituit. Alioqui supponit J. C. pignus non tantum recte impositum esse, sed etiam durare postquam possessor condemnatus rem pristino domino restituit.*

* De temporibus usucapionum & præscriptionum Juris Saxon. *supr. P. I. p.* 249. 400. 417. actum fuit. Sicuti vero Præscriptio 40. annorum Jure nostro non est mutata, *P. I. p.* 400 jung. 413. ita quoque præscriptio immemorialis temporis, eadem non censetur esse sublata, adeoque regalia adversus Principem non 31. ann. 6 sept. 3. d. sed immemoriali possessione adquiruntur. *c.* 26. *X. d. V. S. j. L. R. l.* 1. *art.* 29. Conf. Berl. *P.* 2. *Concl.* 1. *n.* 19. Petr. Heig. *P.* 1. *qu.* 16. *n.* 47 *sq.* Carpz. *P.* 2. *C.* 3. *d.* 14. Diffent. *Consult. Sax. part. ult. qu.* 101. *n. f.* Sunt equidem JCti, qui in Regalibus nec immemorialem præscriptionem admittunt v. Ill. Thomasii Dissertationem *de Præscriptione Regalium ad Jura Subditorum non pertinente Hale* 1696. editam, sed mitiorem satius est sequi sententiam, in quam denique etiam Titius descendit Teutsch Lehnr. *c.* 12. *§.* 19.

N. ADDIT.

Sufficiunt utique, postquam Auctor videlicet emendavit ea, quæ in positionibus obscure & minus recte dicta sunt, secundum monita scholiorum meorum. Sic enim se res habebat ibi.

Posit. 1.*Tituli justi sequentibus rubricis memorantur, de quibus in genere notandum; causam simulatam, si nihil agatur,* (a) *nullius esse momenti.* l. 1. C. plus val. quod ag. *Sed ubi aliud pro alio simulatur, sufficit, eum titulum, qui simulatur,* (b) *esse habilem ad transferendum dominium.*. l. ult. pro Don.

(a) Obscure, ut nescias quid velit. Clarius sententiam *d. l.* 1. *C.* explicat rubrica ejusdem tituli, cujus expositionem vide apud Brunnem. & Perez. *ibid.*

(*b*) Dicerem potius, qui revera subfuit. *d. l. ult* Nam ibi venditio fuit simulata, & revera subfuit donatio.

(b) Primus Usucapionis titulus est, *Pro soluto*, cui res aliqua est soluta, vel in solutum data, hic cæteris paribus, usucapit pro soluto. Dicitur autem solvi, quod ipsum debetur; In solutum dari, quod volenti creditori, cui res alia debetur, solutionis causa datur. *l.* 46. *de Usucap.*

TIT. V.

Pro Emptore.

(a) PRo emptore usucapit, qui rem a non domino l 74. *de contr.empt.*pure emit, *l.* 2. §. 2. *hic*, aut litis æstimationem solvit, *l.* 1. & *l.* 3. *eod.*est enim litis æstimatio similis emptioni. *d.l.* 3. Est aliquid hujus tituli singulare, notatum ad *Inst.* quod, cum Traditio facta ex errore falsæ causæ, modo adsit bona fides, pariat usucapionem, id in emptione non procedat; nisi emptio venditio vere præcesserit, aut saltem, bona fide & ex errore justissimo, rem crediderit esse venditam.*l.* 2. *in pr. h.t.* Dix. *ad Inst. n.* 7.quibus adde sis Wissenbachium *ad h. tit.*

TIT. VI.

Pro Hærede vel pro Possessore.

(a) TIt. pro hærede in *l. pen.pro hær.*statuitur in rebus, quas hæres defuncti esse putavit,eaque mens videtur esse Tribon. sed juris ratio & textus in *l.* 4. *C. de Præscr. long. temp.* & *l. ult.C.h.t.* non permittunt: siquidem hæres absolute repræsentat defunctum, nec ullum characterem novum Successio ei donare potest, *l.* 11.*de div. temp. præscr.* hæredi nihil quam repræsentatio defuncti, non titulus novus adscribitur. *l. ult.C. Pro Her. l.* 4.*C.de præscr. long temp.* Placet audire, quid Thomasius ad hanc rem satis intricatam, scripsit ad nostram *Posit.* 1. *h. t.*

SCHOLIUM.

Si nulla in re, certe in usucapione pro hærede, dissenserunt JCti veteres, quod non observantes Juris civilis commentatores moderni, præprimis ii, qui malunt distinctionibus quibuscunque contenti esse, modo aliquatenus Justiniani auctoritatem, nullam dari in corpore Juris dissonantiam asserentis, iisdem tueri queant, quam ingenua imbecillitatis humanæ agnitione antinomiam fateri, etiam in hujus tituli expositione crucem discentibus fixerunt, singuli fere singulas, easque variantes, nec parum dissidentes a se explicationes proponentes. Mihi uti omnes excutere jam non vacat, ita quæ in Auctoris expositione dubia restant, proponam, mea opinione paucis præmissa. Scilicet, si leges ff. & C.*sub hac rubrica positas evolveris, deprehendes, nullam earum exponere quid sit pro hærede usucapere, sed omnes ostendere saltem, quinam non possint usucepere pro hærede; sola* l. penult. h. t. *except.*, *ubi Pomponius, plerosque putasse docet*, si hæres sim, & putem rem aliquam ex hæreditate esse, quæ non sit, posse me usucapere, *aperte indicans, quidquid etiam communiter pro expositione hujus textus alii afferant, hæredem usucapere posse res defuncto v.g. commodatas, si modo saltem commodationis ignoret: Adeoque titulus pro hærede, ex mente Triboniani eo spectabit, ut pro hærede usucapere possit quis eas res, quæ apud defunctum erant ex causa justa, ad dominium tamen trans-*

(b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. & 2. (a) *Pos.* 1.

transferendum inhabili. Ceterum, quemadmodum Pomponius: PLEROSQUE *hanc fovisse sententiam dixit, ita non defuerunt qui contrariæ opinioni faverent, quorum fragmenta ex incogitantia Triboniani, aliud videlicet tum agentis, etiam Pandectis sunt inserta. Hos inter & Papinianus videtur fuisse, si non tam casum* l. 11. de div. temp. præscr. *quam subjectam eidem rationem consideremus. Cum autem Papiniani responsa semper magnæ auctoritatis fuerint*, non dubium etiam, *quin & apud Antoninum Caracallam eamdem obtinuerint, vel certe apud eos, qui ei, ut* l. 1. C. h. t. *conderet, fuere auctores, in qua diserte usucapio pro hærede, quatenus nimirum a Pomponio, & illis plerisque, qui Pomponio consentirent, ac a Papiniano dissiderent, exponitur, abrogata est, hæcque abrogatio iterum noviter a Diocletiano repetita*, l. ult. C. eod. l. 4. C. de præscr. long temp. *quorum adeo Constitutiones cum in Codicem repetitæ prælectionis a Triboniano fuerint collocatæ, in his etiam, tanquam posteriori Triboniani voluntate, erit subsistendum; Non male itaque, quantum ad Jus Codicis*, *Brunnem.* ad l. 1. C. h. t. *Titulum pro hærede non probare peculiarem titulum usucapionis; sed tantum novam qualitatem & tituli ejus continuationem, quam defunctus habuit, & ex hoc sequi, si defunctus non habuit titulum, nec hæredem pro hærede usucapere posse res quas in hæreditate reperit. Idem sentit Auctor pos.* 2. hic.

(b) An igitur ipsius defuncti res propriæ usucapientur ab eo qui se putat esse hæredem probabili ex causa? Sic Pacius & Corvinus *ad h. t.* tradunt. Quid autem, an ita hæredi totam hæreditatem vindicanti, possessor res singulas subducere potest obtentu usucapionis? Nihil minus, sic enim hæreditatis petitio eluderetur. (1)

(c) Igitur Usucapio pro hærede sumenda videtur ita, ut tantum sit nova qualitas in continuatione tituli, quem defunctus habuit; veluti, quando defunctus pro emptore possedit, hæres, vel is qui putat se hæredem esse, potest absolvere usucapionem.

N. ADDIT.

Recte jam omisit Auctor prælectionibus addere positionem quartam, propter monita scholii præcedentis partim, partim scholiorum, quæ illi positioni subjeceram.

Pos. 4. *Vel potest esse nova usucapio, hoc modo; qui putat se hæredem esse, invenit rem in hæreditate, quam putat esse defuncti, cum sit aliena, & sine titulo a defuncto possessa; Evincitur ab eo hæreditas; rem hanc alienam non restituit; imo nec ipsi vero veterique domino restituere cogitur: Nactus est enim bona fide tituloque justo, (b) nec objici potest ei, quod defunctum repræsentans, alio titulo gaudere nequeat ac ille habuerat, etenim ille non est hæres, (c) sed probabiliter tantum se esse putavit.*

(*b*) Sed quo? An pro hærede? At hæres non est. Et quamvis hæredem se esse putaverit ex probabili causa, tamen neque hic error ipsi prodesse quid poterit. Ut enim justus error usucapionem producat, requiritur ante omnia, ut titulus, quem subesse per errorem putamus, ad hanc rem, quam usucapere volumus, tranferendam sit habilis. Sed si verus hæres esset, qui alienam rem tanquam hæreditariam possidet, eam non posset usucapere.

(*c*) Quid inde? Vult tamen rem usucapere pro hærede, quod ad objectionis firmitatem sufficit. Alias enim sequeretur, putativum hæredem plus juris habere quam verum, quod iterum implicat.

In hunc sensum accipio, nec aliter possum, *l.* 33. §. 1. *vers. Idem hic, & hoc amplius de Usuc.* Aliter Bachov. ad Wesenb. *h. t. & de Action. disp.* 3. *th.* 21. & D. Wissenb. *ad h. t. th.*

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

(1) *Putem recte dici, res defuncti proprias titulo* pro hærede *usucapi posse ab eo qui putat se hæredem esse probabili ex causa, idque Julianus videtur innuere in* l. 33. §. 1. *v.* hoc amplius de usucap. *An ergo eluditur per hanc usucapionem petitio hæreditatis? Nequaquam: cum non obstante usucapione duratura sit hæreditatis petitio, per quam etiam res usucaptæ auferri poterunt: nec mirum: nam & si mortis causa donatarius rem alienam sibi donatam usucaperit, poterit ea per condictionem ei auferri,* l. 13. de m. c. donat. *Sic etiam, si putativus debitor rem alienam tradiderit creditori bona fide accipienti, poterit hic usucapere, quamvis solventi salva maneat indebiti condictio.* l. 48. de usucap. l. 15. §. 1. de condict. indeb. *Sed & putativus ille heres usucapere poterit res defuncto commodatas vel apud defunctum depositas, quas tamen verus heres usucapere non poterit. Nec video qua ratione hoc implicet; non enim putativus heres continuat titulum defuncti, secus ac verus heres. Verus quoque heres titulo* pro hærede *usucapere poterit res defuncti proprias alteri legatas, quæ, codicillis non apparentibus, alteri legatæ ignorantur, licet hæ res etiam usucaptæ auferri ab ipso possint per actionem ex testamento. Quin nihil obstare putem, quominus verus heres eodem titulo usucapere possit res quæ casu immixtæ sunt jacenti hæreditati, v. g. si Titii ovis se gregi hereditario, mortuo testatore, immiscuerit, & bona fide credatur esse hereditaria. Quod exemplum suppeditat Pagenstecher* in admonitor. ad pand. parte 6. §. 160.

th. 11. Eadem Lex mihi persuadet, *verf. idem.* titulum pro possessore hic esse accipiendum, ut in *tit. de possess. hæred. petit.* non ut in *l.* 11. *de hæred. pet.* secus Pacius *hic.*

Aliis exempla usucapionis pro Hærede, quærenda videntur in exquisitis casibus. Sed magis est, ut in prædictis generalibus acquiescamus.

T I T. V I I.

Pro Donato.

(a) TIt. pro donato est pro eo, cui res a non domino donata est, *l.* 1. *h.* vel, quod idem, imaginarie vendita, donandi scil. animo, *l. ult. h.* oportet autem donationem esse validam. *l.* 1. §. 1. & 2. *l.* 3. & *l.* 4. *h. t.*

2. (b) Imo nunquam valet donatio rei alienæ. *l.* 9. §. *ult. de Donat.* Resp. ad effectum dominii transferendi non valet; sed ad usucapionem secus est.

3. (c) Prohibitæ donationis exemplum est in ea, quæ inter virum & uxorem intercedit, ex qua usucapio non procedit, *l.* 1. §. 2. *h.* nisi res sit, inquam, in quam nihil juris habet donans, & ex qua nihil damni sentiat. *l.* 3. *eod.* & *l.* 25. *de Don. int. V.* & *U.* Velut, si vir rem alienam uxori donarit, tunc enim quæ propriam mariti nullo modo adquirere poterat, dominio alienæ rei, in qua vir liberalis fuit, potitur; quia scilicet donatio ea tantum inter conjuges prohibita est, quæ donantem facit pauperiorem, qualis non est liberalitas ex alieno. *L.* *l.* 25.

4. (d) Sed quæ est ratio, quod donatio mortis causa, traditione a donatore vivo impleta, usucapionis effectum non præstet, ut habetur *in l.* 13. *pr. de Don. m. c.* tametsi ad dominium transferendum habilis sit? *l.* 2. *verf. aliam. eod.* Quia dominium hoc a donatore semper revocari potest, *l.* 30. *eod.* ideo, si donatarius per usucapionem dominus fit factus, æque datur repetitio, quam si mox ab initio dominium adeptus esset, perinde atque de condictione indebiti scriptum est in *l.* 15. §. 1. *de Cond. indeb.*

T I T. V I I I.

Pro Derelicto.

(a) PRo derelicto non potest usucapi res deperdita, licet inventor putaverit esse derelictam, *l.* 6. *h.* non obstante. *l.* 4. *h. t.* Proinde quovis tempore talis res a Domino repeti potest; nec ideo recte dicitur, ejusmodi rem pauperibus esse dandam, nisi talis sit, quæ servari nequit.

S C H O L I U M.

Ad l. 4. h. t. *Auctor respondere vult in fine* posit. seq. *In hoc cum Auctore sentimus, Julianum* d. l. 6. & *r. simpliciter nolle admittere errorem inusucapione pro derelicto. Contra Paulus in* d. l. 4. *errorem mihi prodesse statuit, sed justum haud dubie, quod & verius, arg. eorum, quæ ipse auctor supra pro emptore,* posit. 2. *adduxit.*

R E S P O N S I O.

Vim facit Paulo Thomasius in explicatione d. l. 4. *contra juris rationem. Sic ait Paulus*; Id quod pro derelicto habitum est & haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoramus, a quo derelictum sit. *Ponit diserte, rem vere pro derelicta habitam esse*, hic est titulus; *dein, possidentem hoc putare*, est bona fides. *Non dicit igitur, errorem prodesse possidenti rem tamen, quæ a nemine derelicta sit. In hoc tantum laborat scientia possidentis, quod nescit a quo res derelicta sit, quæ vere derelicta est. Non erravit igitur in opinione, quod res pro derelicta sit habita. Putavit hoc ita, quemadmodum res se habebat.*

N. Ad-

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (a) *Pos.* 1.

N. ADDIT.

Consentio Auctori, & ferre possum ut nunc expungatur scholium.

(b) Alii pro derelicto usucapi volunt, si quis rem nullius esse probabiliter credat. Bachov. *part.* 2. *ad Tr. disp. de Usuc. th.* 5. *lit.* G. Sed cum eo casu titulus deficiat, (a) ne sic quidem procedit usucapio. *l.* 7. *h.* Verus usus est, quando non dominus rem pro derelicto habuit, eamque alius occupavit, putans a vero domino fuisse derelictam. *d. l.* 4. *h. t.*

SCHOLIUM.

(a) *Non deficit, vel, si velis deficere, dic, cur usucapio procedat* in l. 11. ff. pro emptore. & l. 5. §. 1. pro suo. *Si enim hic titulus deficiat, deficit & ibi.*

RESPONSIO.

Deficit heic aperte, quia non est verum rem esse derelictam aut pro tali a priori possessore habitam. Quod ex l. 11. & l. 5. §. 1. *Thomasius profert, ad exceptionem pertinet. Tituli defectum impedire usucapionem, manifestum est; Est tamen generalis, ut videtur, exceptio; nisi valde probabilis & justissimus error opinionem tituli inducat, ut in* d. l. 11. *Quia tamen ejusmodi error excedit ordinarios usucapionis terminos, hinc potius ad usucapionem* pro *suo, qui titulus est quasi supplementum reliquorum, quam ad eum, circa quem error est, vertitur.* d. l. 5. §. 1. Pro suo.

N. ADDIT.

Sed hæc responsio dubium non tollit. Nam I. ista responsio de titulo pro suo, non potest aptari ad l. 11. pro emptore. *Et ergo si probabilis & justissimus error non impedit usucapionem pro emptore, cur impediret usucapionem pro derelicto, etsi ea ex* d. l. *Paulina non possit probari. II. Parum interest, si dicas, errantem in titulo pro derelicto, non usucapere pro derelicto, usucapere tamen pro suo, cum hic titulus sit supplementum reliquorum, secundum confessionem proprium Auctoris.*

Thomasius ad explicationem nostram *legis* 4.

SCHOLIUM.

Sed quæ conjectura eo nos ducit, ut credamus. Paulum in d. l. 4. *de hac circumstantia cogitasse?*

RESPONSIO.

Nulla conjectura, sed positio expressa, quam Paulus habet in verbis paulo supra *collocatis & expositis.*

N. ADDIT.

Poterit ergo & hoc scholium omitti.

TIT. IX.

Pro Legato.

(a) AN pro Legato usucapit, qui possidet aliquam rem, quam putabat sibi legatam, cum non esset? Minime, *l.* 2. *h.* verum si legata fit res, quæ non erat propria testatoris, l. 4. *in pr. h.* quod velim conferri cum iis, quæ modo contra Bachovium & Thomasium disputavimus. (b) Denique procedit etiam, si res fuerit quidem Testatoris, sed legatario adempta fit ab ipso testatore codicillis, quod legatarius ignorabat, vel si in nomine fit erratum, ut si duo sint Titii, & alter eorum de se cogitatum existimaverit, erronee. *d. l.* 4. (1)

TIT. X.

Pro Dote.

(a) PRo Dote usucapit, qui in dotem accepit res alienas, *l.* 1. seu singulas, sive universas pariter, §. 1. *l.* 1. *h.* si nempe dos & matrimonium vere sit, non si putaverint, cum non esset, *d. l.* 1. §. 3. *& ult.* similiter atque prioribus titulis dictum est.

(b) Re-

(b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1.

(1) *An quomodo res testatoris propria poterit per hunc legatarium usucapi, cum dominium per traditionem ab herede factam in ipsum videatur translatum? Dicendum, Paulum loqui de legato vindicationis, in quo dominium sine facto heredis, statim ab adita hereditate transibat in legatarium: heres itaque per suam traditionem noluit transferre dominium, quod jam translatum putabat, adeoque dominium translatum non fuit.*

(b) Rebus ante nuptias traditis, id tempus proprie non putatur in usucapione, ne quidem si æstimatæ fuerint, *l.* 2. ex ratione *l.* 10. §. 4. *de Jur.dot.* quoniam æstimatio illa quasi sub conditione, si *nuptiæ secutæ sint*, intelligitur.

(c) Et tamen sponsalibus contractis utiliter usucapio *pro suo* procedit, nisi dictum fuerit, ne dominium transiret aliter quam nuptiis secutis. *d. l.* 1. §. 2. (1)

S C H O L I U M.

Multa sunt, quæ adversus hanc conciliationem urgeri possunt, & aut nihil intelligo, aut Paulus & Ulpianus iterum a se diffident. Imo nec Ulpianus hic sibi omnino constat, nisi vel dicas, Juliani sententiam saltem in l. 1. §. 2. hic *ab eo recenseri, vel limitationem ex* d. §. 2. l. 1. *ad.lus* l. 10. §. 4. de Jure dot.

R E S P O N S I O.

Nam tam Pa[illegible] *& Ulpianus, quam Justinianus uno con*[illegible]*, in* l. 1. & 2. *contraria scriberet, ex sententia Thomasii. Sententiam Juliani tantum referri in* l. 1. §. 2.*frustra dicitur, per Ulpiani dicta*, quæ sententia mihi probabilis *videtur. Nihil igitur potius est, quam ut in eo; quod dictum, acquiescamus.*

N. A D D I T.

Jam tacite consensi in verbis finalibus Scholii, de limitatione d. l.10. §. 4. *ex* d. l.1.§.2. *Ergo sit ita.*

TIT. XI.

Pro Suo.

(a) Titulus pro Suo accipitur vel generaliter, vel specialiter. In genere, quoties aliquis putat se dominum esse; ac ita concurrit cum omnibus aliis titulis, *l.* 1. *in pr.h.* utimurque ejus appellatione, cum aliis titulis proprie non est locus, ut exemplo patet in *l.* 1. §. 2. *Pro dot.* In specie titulus pro suo, maxime pertinet ad errorem falsæ causæ, *l.* 3. *h. t.* de quo *ad Inst. n.*7.& ut aliqui putant, in rebus, quæ mari, terra, cœlo capiuntur, aliisve modis, quæ rem nullius esse arguere videantur, licet revera non sint. *l.*2. *eod.* Non spernenda sunt, quæ habet hac de re Thomasius.

S C H O L I U M.

Et hic Tribonianus crucem nobis fixit, miscendo in hoc titulo, quæ ad titulum pro suo generalem spectant, specialibus. Scilicet pro Suo possidere dicitur generaliter, qui rem ex quacunque causa ad dominium transferendum habili possidet. l. 1. h. t. *Cæterum, hæ causæ vel habent nomen speciale, ut emptio, donatio, legatum &c. Vel non habent, ut ea, quæ jure accessionis, vel occupationis adquisivimus. Quis ex posterioris generis causis possidemus, in specie pro Suo possidere dicimur,* l. 2. h.t.& l.1. §. 2. pro Dote. *præprimis si revera nullius fuerint, aut etiam revera jure accessionis ad nos spectent,* d. l. 2. *quod si tamen & hic justus & probabilis error subsit, possessio hæc* pro Suo, *etiam ad usucapionem sufficit.* d.l. 2. junct.l.4. pr.eod. *Cæterum, stipulatio quoque causa ad dominium transferendum habilis est, & talis quidem, quæ nomen habet, unde mirandum, quod nec de hac specialis titulus reperiatur in Pandectis,* Pro stipulatu *videlicet. An hoc ideo factum, quod hoc nomen non usurpaverint JCti, sed magis delectati fuerint nomine generali* pro suo? *Id videtur, propter* l. 3. h. *Jam his præmissis, facile est dignoscere mixturam Triboniani.* L. 1.pr.*agit de possessione pro suo generali.* §. 1. *spectat ad titulum pro emptore.* L. 2. *exponit possess. pro suo stricte dictam.* L.3. *possess. pro stipulatu exhibet.* L. 4. pr. *iterum specialem pro suo possess.adducit.* §. 1. *pertinet ad tit. pro hærede.* (junct. l. 3.pro hærede) §. 2. *ad tit.pro legato* (vid. l. 2.ff eod) *Denique* l.5.*iterum ad titulum pro emptore. Ergo si accuratius Tribonianus leges hujus tituli vocasset collocare, nihil ponendum fuisset, quum* l. 1. pr.*tum* l. 2. *inde* l. 4. pr. *reliqua erant referenda ad suum locum.*

RE-

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. & 2.

(1) *Vide Barthol. Chesium interpret. iur. lib.* 1. *cap.* 16. *ubi probare conatur, tempus ante nuptias putari in usucapione, dum res inæstimata sponso tradita est,* l. 1. §. 2. h. t., *non item dum res æstimata fuit tradita,* l. 2. h. t.

RESPONSIO.

Cur titulum pro Stipulatu non prodiderint JCti, cauſa non eſt idonea, quod nomen hoc non uſurpaverint, ſed magis delectati fuerint *nomine* pro Suo. *Hæc en*[illegible]*ſt petitio τοῦ ἐν ἀρχῇ* principii, *quam vo*[illegible]*oc quæritur, cur ita? Dic potius, quia Stipulatio ipſa eſt contractus generalis, & acceſſorius omnium reliquorum, cui proinde nomen generale* pro Suo *melius conveniebat, quam ſuum proprium; quippe tum viſa fuiſſet cauſa peculiaris, cum ſit inventa reliquis contractibus firmandis, ut* ad tit. 1. de Verb. obl. *ſatis eſt demonſtratum.* Reliquis Thomaſii non eſt quod opponamus.

N. ADDIT.

Et hic igitur omnia bene ſe habent. Nam Auctor ſententiam meam de ſtipulatu illuſtrat magis, quam quod refutet. Neque hoc eſt petere principium, cum dixi, JCtos noluiſſe nomen hoc uſurpare. Nam revera noluerunt, etiam ſecundum mentem Auctoris. Sed eſt rem non ſatis perſpicue dicere. Petere principium dicitur de illis, qui quid ut indubium aſſirmant, quod alter negat.

His titulis quaslibet res, non exemptas privilegiataſque, uſucapi poſſe, tum & quæ ſint exemptæ, diximus ad *h. tit. Inſt.* inter quas etiam Res civitatium, juxta res Fiſci, Eccleſiæ, domuumque piarum, recenſentur a Vinnio aliiſque omnibus, ex *l. ult. C. de fund. patrim. Tit. C. Ne rei dom. vel. templ.* Verum tamen eſt, nullum dari textum, e quo res Civitatis liqueat eſſe exemptas uſucapioni. Ideoque dicendum, eas nec videri exemptas; niſi lex ſpecialis proferatur.

LIB.

L I B. X L I I. T I T. I.

De Re judicata, & de effectu Sententiarum, & de Interlocutionibus.

I. Continuatio, & quid res judicata. II. Quid sententia, & quid differat a Comminationibus, Subscriptionibus, Epistolis, ac Imperiis. III. Quæ summarie expediuntur vim sententiæ habere; an etiam quæ de plano per libellos?

(a) TRactatus de Judiciis per Digesta sparsus, una cum causis, actionibus & juribus unde oriuntur, arbitraria, quam vidم demus, methodo absolvitur. Ipsius Judicii tres habemus partes præcipuas, constitutionem ejus in *tit. de Judiciis*, prosecutionem ad *Tit. de probationibus & seqq.* Finem & executionem ejus in *hoc tit.* & deinceps. RES JUDICATA, quam Rubrica loquitur, est Lis quæ per sententiam finem accepit. Ex continenti enim post sententiam dici Rem judicatam, probat ratio & *Lex. 1. h. t. l. 14. C. de Appell.* Sed quia eis decem dies appellari potest, ut *infra* videbimus, & per appellationem executio sententiæ impeditur, satis apparet, plenam sententiæ vim ante decem dierum lapsum non esse comparatam. Nec aliud velle puto Canonici juris Auctores, quos communiter a jure Civili hac parte discrepare volunt: quando post *decem dierum spatium sententiam in auctoritatem rei* judicatæ transire docent in *cap. 15. X. de sent. & re jud.* quod respectu suspensæ executionis, propter appellandi facultatem, ita eos intelligere, docet ipse Pontifex in *d. cap. 15.*

2. Quid autem sententia sit, dictat eadem lex 1. Est ultima (a) Pronunciatio judicis super causa cognita, absolutionem vel condemnationem continens.

(a) *Pos.* 1. 2. & 3. (b) *Pos.* 4.

SCHOLIUM.

(a) *Nam interlocutio ex stylo Jurisprudentiæ Romanæ, non est sententia.* Wiss. h. th. 1. Strauch. XXVI. 2. *quod tamen moribus nostris secus.*

(b) Causæ cognitione prævia sententiam oportet esse latam, & sine ea quidquid a judice profertur aut pronunciatur, non potest habere vim rei judicatæ: Ergo comminationes, quales sunt interlocutiones Præsidis apud Acta signatæ, ut nisi debitor *v. gr.* solverit intra certum diem, duplum seu quadruplum infeturum, non habent vim sententiæ. *l. 4. C. Commin. Epist.* Ejusmodi pœnalia Rescripta sæpius eduntur a judicibus, iisque partes parere debent: At si non pareant, executio tanquam ex re judicata non datur, sed causa prius cognoscenda, & sententia super isto pœnali mandamento, quod vocant, denuo ferenda est, ut servatur usu quotidiano, & docet Gailius *1. obs.* 15. Porro nec res judicata *videtur*, si per Epistolam Rector Provinciæ solvere pecuniam jussit, *l. 2. C. eod.* neque Programmata a præsidibus proposita, *l. 6.* neque Subscriptiones ad libellos datæ, quibus aliquis in possessionem fundi v. gr. mittitur. *l. 5.* Semper enim ut effectus rei judicatæ obtineat, partium allegationes audiendæ & examinandæ sunt. *d. l. 5.* Idemque de omnibus Imperiis Magistratuum intelligendum. *l. 14. h. t.* Atqui de Principibus ita traditum est. Quodcunque per epistolam vel

vel subscriptionem statuerunt, id juris habere vigorem, non fecus atque si Edicto præcepissent. *l.* 1. *de Const. princ.* Videlicet, si animum juris condendi habuerint, quod non aliter quam re penitus discussa locum & usum habere potest. *l.* 2. & 3. *C. de LL.*

3. Enim vero causæ cognitionem esse vel summariam, vel ordinariam, satis constat, & probatum est ad *tit. de Judic. n.* 33. *pag.* 209. *seq.* nec dubium, quin utræque vim sententiæ reique judicatæ teneant: Quippe Judicia de Interdictis, quæ sunt Actiones extraordinariæ, *Rubr. D. de Interdict.* finiuntur per sententiam definitivam, *l.* 3. *C. de Interdict.* ut videbimus *infra.* Idem in reliquis actionibus summariis & extraordinariis indubitatum est. Textus vide in *præd. Loco ad tit. de Judiciis.* Atque ita sine dubio in his quæ pro tribunali sive per decretum, causa licet breviter cognita, fiunt. An autem, quæ de plano per libellos expediuntur, vim rei judicatæ obtinere possint, non de nihilo quæritur, eaque de re non semel quæsitum dubitatumque recordor. Etiam diverso modo in suprema Curia nostra aliquando judicatum. Quia vero hæc res admodum frequentis usus est, cum negotia, quæ per libellos expediuntur, nihilo sint pauciora, quam quæ pro tribunali disceptantur, placet heic de Libellis, ut hodie tractantur, agere paucis.

DE LIBELLIS SUPPLICIBUS.

IV. Libelli Principibus oblati, a judiciali discrimen & convenientia. V. De Libellis quibus petitur Commissio judicialis. VI. An ex rescriptis ad libellos, partibus auditis, oriatur exceptio rei judicatæ. VII. Rationes pro adfirmativa. VIII. Rationes pro negativa refutatæ. IX. Decreta & dispositiones aliæ, quæ sine processu contradictorio vim rei judicatæ habent.

4. PRimo omnium de libellis & dispositionibus ad libellos, & quæ fiunt a Magistratibus atque a Judicibus, heic agi, præmonendum est. De his qui Principibus, aut apud nos Ordinibus eorumve Delegatis offeruntur, repetendum dumtaxat, quod alias probatum est, non debere Principibus offerri supplicationes, quæ Fisco sint damnosæ, quæ jus tertii tollant, & quæ juri adversantur. Et si Rescripta ejus generis impetrata fuerint, ea non valere, nec ideo mandata Principum aliter, quam cognita causa executioni danda esse, probant textus juris in *l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. & *l.* 7. *C. de Precib. Imp. off.* & diximus ad *tit. ff. de Const. Princ.* Denique, nec super causa litis pendentis, Principibus supplicare licet, *l.* 2. *C. Ut lit. pend.* quia curium justitiæ nolunt interrumpi, sed hominum querelas ad se per legitimos provocationum tramites deferri; Proinde si Magistratus aut Judices partibus non faciant copiam Justitiæ, juxta morem procedendi legitimum, tum quidem recursum ad Principem dari, res loquitur, & diximus *ad tit. præd.* Hos limites Romani Principes sibi ipsis circumscripserunt, a quibus hodierni Imperantes nimium quam recesserunt. Ordines tamen nostri moderationem Principum Romanorum in eo non tantum sequuntur, sed etiam superant: Quando de rebus juridicis se prorsus adiri non patiuntur; sed eas Curiæ supremæ, tam in civilibus quam criminalibus *privative*, ut Ordd. loquuntur, commiserunt. Si qua privilegia vel remissiones pœnarum, certis personis indulgeant, ea non aliter, quam causa apud Curiam cognita probataque, effectum habere patiuntur, ut est apud Sandium *lib.* 5. *tit.* 2. *art.* 2. Neque tamen eadem requisita, quæ Principum libellis adscripsimus, in judicialibus non requiruntur. Certe nec illa valebunt, si Fisco damnosa, jus aliorum tollentia, vel juri contraria sint, tanto minus quanto judicis inferior potestas minus valet quam summa Principis. Proinde si Curiæ supremæ libellus offeratur super causa litis apud inferiorem judicem pendentis, extra causam negatæ justitiæ, non est audienda Querela, cujusmodi Curiæ nostræ judicium fuit *d.* 24. *Nov.* 1680. quando Commissarius libellorum supplicum, subscriptione jusserat, in statu retineri, hoc est suspendi, causam litis apud Judicium *Opsterlandiæ* pendentis, quod rescriptum decreto Curiæ improbatum est, in causa *Fiscalis dicti territorii ratione officii, contra Stephanum Johannis cum soc.*

5. Quo autem effectus dispositionum ad libellos supplices melius intelligatur, partitione species eorum detegamus. Libelli vel sunt tales, ad quos sequitur *Commissio*, sive delegatio *Commissarii*, quem vocant, vel remissio ad jus ordinarium, vel peremptoria dispositio. Libelli

li ad quos sequitur Commissio, vel statim eam recipiunt, vel audita parte adversa. Statim, quando Judex e relatione supplicantis intelligit, inquisitione per Commissarium facienda opus esse, veluti, quando minor petit veniam ætatis, quando venia res pupillorum, minorum, ecclesiarum & civitatium alienandi petitur; quando Magistratus officium imploratur, ut alicui bonis interdicatur. Hæ res ita administrantur, ut statim Commissarius detur, qui habita inquisitione vel ipse decernit quod petitur, vel refert ad Collegium, ut ab eo res petita decernatur. Non solet quidem fieri, ut is cujus interest ad has causas citetur; Si tamen re cognita petat audiri, seque velit opponere, non posse, verbi gratia, prodigum a contradictione repelli, diximus ad *tit. de Curat. Furios & al in fin.* Quid autem si non vocato sit interdictum, aut alienatio sit permissa, an hoc decretum adeo firmum erit, ut deinceps hi quorum interest, in contradictorio non sint audiendi? Censeo, non posse negari judicium, si res habeat civilem ἀναθεώρησιν, quia parti inauditæ nulla posset obstare judicati auctoritas. *d. tit. C. Commin. epist.* &c. Libelli, in quibus auditis utrinque partibus, res judici delegatur, sunt de negotiis, in quibus ita dissident partes, ut inter eos conciliatio speretur. Quo casu apud nos rescribi solet, *Fiat commissio sine verbali processu*. De his, nec non de omnibus illis, quibus ad jus ordinarium & disceptationem partes remittuntur, non habet locum Quæstio de auctoritate rei judicatæ.

6. De his vero, qui sine disceptatione sive Processu juris ordinario expediuntur, quædam sunt *provisiones* ad ulterius aliquid tendentes, quædam definitiones ultimæ. Priores, etsi vim habeant irrevocabilem, ut omnes interlocutiones, tamen huc non pertinent. Egimus de illis in *parte 2. Jurispr. Hodiern. lib. 1. cap. 34. n. 15. seqq.* Via, per quam ad definitionem causæ in libello tractatæ pervenitur, hujusmodi est. Libellus supplicantis adversario jubetur insinuari, ut intra certum tempus rescribat, Rescriptio ejus supplicanti rursus insinuatur, qui contra rescribit, & in quibusdam judiciis reus, id est contra quem supplicatio facta est, duplicat. Hisce tribus aut quatuor scripturis, a judice visis & examinatis, si causam reperiat ejusmodi, ut sine processu solenni probationum definiri queat, subscribit suam sententiam, quod fit aliquando a toto Judicum Consessu, ubi plures sunt; aliquando a Commissario sive Magistro Libellorum supplicum, nomine tamen Curiæ, sive totius Collegii. Qui se per hanc sententiam læsum arbitratur, intra 24. horas petere potest, ut *rursus audiatur*. De hujusmodi subscriptionibus, sive sententiis libello subscriptis, quæsitu dignum & aliquando quæsitum est, si nulla *Reauditio* petita, vel appellatio, (quando judex inferior subscripsit) instituta sit, vel etiam, si per reauditionem confirmatæ fuerint, an super eadem causa denuo lis moveri possit an vero detur ex illis exceptio rei judicatæ. Curiæ nostræ præjudicia extant in utramque partem. De hoc quidem non dubitatur; Si is, qui per rescriptum ad Libellos condemnatus aut rejectus est, eandem causam per libellos denuo disceptare velit, abscisse repellitur. Verum an, si petatur Citatio juris ordinarii & via processus solennis super causa per ejusmodi rescriptum definita, & victor opponat exceptionem rei judicatæ, an hæc admittenda sit, id demum ambigitur. Admittendam esse exceptionem, visum est Supremæ Frisiorum Curiæ, *in causa Gertrudis Corneliæ, contra viduam & hæredes Olphardi Belida, in principio Anni 1675.* Non esse admittendam exceptionem rei judicatæ ex ejusmodi Rescripto, placuit eidem Curiæ in causa *Melle Jcens* contra *Tjamke Tymens*, *die* 8. *Maji* 1682. ubi hac de re πραγματικῶς & unice disceptatum est. Nos primo, ut est momentum rei, & usus frequentia, rationes pro affirmativa reddemus, tum rationes negativas refellemus. Dein, numquid temperamenti & instar medii detur, videbimus.

7. Rationes, cur ex ejusmodi Rescripto sive sententia, post scripturas hinc inde commutatas, danda sit exceptio rei judicatæ, sunt hæ: *Prima*, quia tale Rescriptum est vera sententia per causæ cognitionem & disceptationem judicialem definita, cujus formula est, *Curia, visis omnibus, injungit*, &c. II. Quia in libello perinde fit conclusio, & in Rescriptione contradictio, ac ita porro, quam in processu ordinario causarum, quæ sine interlocutione probandi causa, definiuntur, forma dumtaxat externa discrepante. III. Quia Curia seu Judex, antequam definiat causam, perpendit, utrum causa ejusmodi sit, quæ summatim finiri possit, an opus sit ordinario Processu, & cum prius arbitrata est, tum hoc judicio standum neque id retractandum est. IV. Quia

Quia summariæ cognitiones & Judicia extraordinaria, æque desinunt in sententias & res judicatas, quam ordinaria, ut probatum *est ad tit. de Judic.* V. Quia cum a tali Rescripto per Judicem inferiorem dato, appellatur ad Curiam Supremam ibique confirmatur, inde sine dubio nascitur exceptio rei judicatæ. Atqui tale Rescriptum per judicium appellationis confirmatum, non fit amplius quam quod fuit, nec nisi in vigore constituitur; Resolvitur, inquam, in id, a quo appellatum est, idque agitur, ut maneat sententia Summaria; & appellans declaretur non gravatus Rescripto, sive summaria judicis inferioris sententia. VI. Ex ejusmodi decretis non potest negari, quin jus aliquod parti victrici adquiratur; At huic jus semel adquisitum rursus adimi non potest.

8. Rationes obstantes hujusmodi esse videntur. I. opp. Lex *ult. C. d. t. Commin. epist. progr. Quod magno conflictu sententia decerni solet, id paucis literis temere descriptis definiri, fas non est*. Atqui talia Rescripta paucis verbis concipiuntur. Sed Responsio in promptu est, illic agi de paucis literis, temere, id est, sine ulla causæ cognitione descriptis. II. Eadem responsio competit ad *L. 5. eod.* atque in ipsa continetur; Subscriptio ad libellum data, vicem rei judicatæ non obtinet, ait Imp. quia judex partium allegationes audire & examinare debuit; Subscriptiones igitur ad libellos ab una parte prolatas, non quæ partibus auditis omnibusque examinatis factæ sunt, intelligit. Non obstant igitur hæ rationes, quo minus istæ pronunciationes pro decisionibus summariis atque sententiis habendæ videantur. Temperamentum, quod heic locum habere posset, inde petendum videtur, quod de exceptione rei judicatæ postea videbimus: Evenire posse, videlicet, ut si meritum actionis, quam nunc vis instituere, priori judicio non fuerit examinatum, etsi res sit eadem, non obstet tibi tamen exceptio rei judicatæ. Atqui hoc multo facilius in ejusmodi Rescriptis, sive dispositionibus ad libellos hinc inde commutatos fieri posse, manifestum est.

9. Præter has dispositiones ad libellos supplices, dantur adhuc aliæ dispositiones & Decreta judicum, quæ pronunciata vim rei judicatæ habent, sine processu disceptationis contradictoriæ; quales sunt condemnationes voluntariæ, quando Judex aditur, ut certam ferat sententiam; *Si enim convenerit inter litigatores, quid pronuntietur, non abs re erit, judicem hujusmodi sententiam proferre*, ait Ulpianus in *l. 26. h. t.* Id apud nos fit hoc modo; Advocatus impetrantis affatur Judicem hoc modo: *Domine judex, debentur clienti meo centum a Cajo, qui contentus est in eam summam condemnari, & convenit inter nos de termino solutionis intra* duos vel tres menses, *Rogamus, ut sententiam in hunc modum ferre velis*. Commissarius ad causas, audito Debitoris consensu, ita pronunciat: *Curia post auditam declarationem & acceptationem partium, condemnat Reum in id*, quod dictum est, *sub mora duorum mensium, cum expensis*.

Non multum ab hac Condemnatione voluntaria, discrepat *Declaratio*, qua Constitutum sive promissio debitoris quod intra certum tempus sit soluturus, sub pœna paratæ executionis sive submissione condemnationis, executioni subjicitur. Quando ad hanc declarationem citatus est, sive compareat sive non, Creditoris Procurator, Acta constituti sive promissionis factæ judici exhibet, cum relatione citationis, petitque decerni executionem. Quibus visis judex ita pronunciat; *Curia viso Constituto, cum submissione executoria, juxta citationem & relationem subsecutam, declarat Constitutum executioni subjectum, & condemnat Reum in id, quod eo continetur, cum expensis*. Sæpe fit, ut ejusmodi Decreta sive sententiæ petantur etiam ad exequenda compromissa, liquidationes salariorum, & id genus alia: Sed juris ratio non patitur, ut executio decernatur ad ejusmodi Acta, quibus non continetur submissio ad condemnationem, quemadmodum & sæpius in Curia nostra judicatum: Utcumque nonnulli commissarii suo arbitratu officium suum aliis quandoque petitionibus impertiantur. At hæc quidem exempli gratia protulisse sufficit. Plura id genus enumerata & exposita, vid. in *part. 2. Jurispr. Hod. lib. 2. cap. 31.* Quin etiam omnes actus voluntariæ jurisdictionis, ut sunt Legitimationes, Adoptiones, Emancipationes, similem rebus judicatis, id est inrevocabilem, habere effectum, non dubitatur.

DE

DE INTERLOCUTIONIS SENTENTIA &c.

X. Interlocutio quot modis accipiatur. XI. Species Interlocutionum variæ. XII. De hisque fiunt ad articulos officii *quos vocant. XIII. Effectus Interlocutionum. XIV. Quæ ratio formandi sententias, quando plures sunt judices. XV. Sententias numero prævalere cum temperamento superius dictorum. XVI. Cur paribus sententiis reus absolvatur. XVII. Divisis sententiis Exceptio Rei admittenda, an rejicienda sit. XVIII. De Conjunctione plurium sententiarum quam duarum. XIX. De relatione causæ pro colligendis Judicum sententiis.*

10. Pergemus ad Sententias, quæ ad plenam causæ cognitionem feruntur, & per excellentiam ita dicuntur, quas & ab initio definivimus. Pervenitur autem ad sententiam vel directe, vel prævia Interlocutione, sæpe non una. Sumuntur autem Interlocutiones varie: Quandoque pro qualibet inter litigantes pronunciatione; Ita in *l.* 3. *C. de LL. interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus, vel postea proferemus, non in commune præjudicantibus*; ubi opponuntur Edictis generalibus. Secundo pro decretis, causa cognita ad instar sententiæ, ante definitivam prolatis. *Rubr. l.* 9. *in fin. & l. ult. C. de sentent. & Interlocut.* Tertio, significat jussionem Magistratus aut Judicis, causa nullo modo cognita, per modum comminationis prolatam. *l.* 4. *C. comminat. epist. program.*

11. Secunda significatio est hujus loci, quando ad Sententiam per & post interlocutiones perveniri dicimus. Talis est, qua Judex litigantes in factis contrarios inveniens, jubet singulos probare quæ adfirmant, dilatione legali, vel ab ipso præscripta, qua de re egimus ad *Tit. de probat.* Tales sunt, quibus agitur de Testibus admittendis vel non, de Instrumentis producendis, de cautionibus; de restitutionibus in integrum pendente judicio petendis, denique de Interrogationibus ex officio instituendis; quæ species propius ad ultimam sententiam pertinet.

12. Accidit enim quandoque, ut Judices sententiam formaturi, quædam vero facta vel a partibus intacta probationibus relicta, vel non satis probata sint. Hæc ipsi quamlibet conscii, ex sua scientia supplere nequeunt; quippe secundum acta & probata judicare obstricti. *l.* 6. §. 1. *de Off. præs.* Propterea, si res ipsarum partium interrogationibus confici possit, has primo quidem interponet, ut ex *l. pen. de Inter. in jur. fac.* alias monuimus; Si per alios probanda sint facta, Judex per Interlocutionem partibus id injungere debet; quam nostrates ad articulos seu *puncta officii* vocitare solent, qua partibus alioquin ipsis, post conclusionem scilicet in causa factam, præcluditur, sed Judicis officio non obstat conclusio; *Judici nunquam*, sic vulgo ajunt, in causa *concluditur*. Facta interlocutione ejusmodi ex officio, Actor vel cui probatio incumbit, petit, adversarium citari, ut primo quidem respondeat; Dein testes & instrumenta justo tempore producat. Ipsi vero litigantes nihil articulis illis interrogatoriis addere possunt. Sed collectionem quandam sive deductionem juris & facti, e responsionibus adversarii testiumque, vel argumentis instrumentorum rationumve judicibus exhibere possunt.

13. Quamvis autem Interlocutiones hoc sensu a sententiis distinctæ sint, nec ideo exinde nascatur Actio vel Exceptio rei judicatæ, non est tamen quod irrevocabiles ejusmodi sententiæ esse negentur; nec ideo si rursus idem contendatur, exceptio negari posset, ad instar exceptionis rei judicatæ; quam nec hodie dubitamus hoc ipso nomine designare; quia nunc ita obtinet, ut ab initio diximus, quod Sententiæ distinguantur in Interlocutorias & Definitivas: quod nec ab usu juris valde remotum esse, probatur ex eo, quod de variis Interlocutionis significationibus, modo præmisimus ex *l. ult. in pr. C. de sent. & interlocut.*

DE FORMANDA SENTENTIA.

14. (c) Porro circa solennem Sententiam considerari potest ejus conformatio, Judicis officium, potestas, dictum, pronuntiatio, & effectus. In confirmatione videndus primo Judex, de quo diximus ad *tit. de Judic. part. præc. p.* 193. *& seqq.* Sed in conforma-

(c) *Pos.* 5.

formationē sententiæ non nihil habet momenti numerus. Longe enim expeditior est sententias ferendi ratio, quando unus, ut fere apud Romanos eveniebat, quam plures extant judices. Ubi dixerimus, quid singulare sit in pluribus, dein simplicius, quid in uno judice spectandum sit, videbimus. Primum de pluribus dictum Celsi occurrit, *Duo ex tribus judicibus, uno absente judicare non possunt*, inquit in *l.* 39. *h. t.* addita ratione, *quia omnes judicare jussi sunt*. De judicibus igitur Pedaneis loquitur, qui a Prætore dabantur, non de Collegio judicum, qui habenr singuli jurisdictionem. Ex eodem tamen Celso, cum idem de Arbitris, quod de judicibus, relatum esset, hæc ratio subjicitur, *quia potuit præsentia absentis reliquos in consensum trahere*, *l.* 17. §. *ult. de Recept. qui arbitr.* quod de Collegiis æque dici potest. Neque tamen est dubium, quin secus in his obtineat. *l.* 3. *& sequ. Quod cujusque un verf. nom.* Idque seculo nostro juris indubitati habetur. Etenim si omnium præsentia judicum esset necessaria, tarditas in rebus agendis inde resultaret insuperabilis. Nec est hoc unius Curiæ singulare; sed quotidie accidit, ut non modo propter iter & morbum, sed etiam ob cognationem adfinitatem, ac id quod interest, plures judices abesse cogantur, nec ambigitur, quin reliqui jus Collegii retineant, valideque rem judicatam faciant, etsi major quoque pars fortuitis vel necessariis de causis abfuerit, quemadmodum in nostra Curia accidit in causa *Jacobi Hillebrants J. U. Dris, contra Gerardum Zachæum Consulem*, *&c. anno* 1640. in qua ex duodecim dominis octo excusabantur; Cæteri tamen quatuor soli jus dixerunt, Dni *Andrè*, *Niis Kinnema*, *&* *Nauta*, qui retulit; & memini, cum tres tantum superfuere. Contigit etiam, ut major pars Curiæ mortibus exinanita fuerit, atque ex his aliqui subinde abessent, jurisdictio tamen Curiæ nunquam cessavit.

15. (d) In eo minus est difficultatis, inter præsentes & dissentientes prævalere plurium sententiam, *l.* 36. *h.* sufficit enim in judicibus, etiam datis, omnes judicasse, licet discrepaverint, ut idem Celsus tradit in *d. l.* 39. Quod si a pari judicum numero dissonæ proferantur sententiæ, quid juris sit, ambigitur. Modestinus respondit, utramque sententiam in pendenti esse, donec competens judex unam earum confirmaverit. *l.* 28. *h. t.* Is autem in confirmando sequitur, in causis quidem liberalibus favorem libertatis. *l.* 38. *h. t.* In Querela inofficiosi favorem ultimæ voluntatis; nisi tamen aperte liqueat, iniquam pro scripto hærede sententiam esse latam. *l.* 10. *in pr. de Inoffic. test.* In cæteris vero causis pro Reo pronunciandum est, eoque forsitan, quod de inofficioso testamento dictum est, referri potest. Nam exhæredatus agit, scriptus hæres est reus. Alioqui magis est, ut & exhæredatio sit odiosa, quemadmodum in loco vidimus, *p.* 2. *pag.* 246. *n.* 21. Plerumque aliter distinguunt; legem 28. de judicibus pedaneis, *l.* 38. de judicibus suam jurisdictionem habentibus intelligi. D. Wissenbach. *h. t. th.* 4. Verum in *l.* 39. de judicibus etiam datis agi, probant sequenria, & quod plerumque de judicibus dicta simpliciter, de pedaneis sive datis intelliguntur. Hoc etiam addendum superioribus, etsi quorundam absentia non impediat, quominus præsentes officio suo fungantur, si tamen tot suffragia non consentiant, quin adhuc absentes eam mutare possint, expectandum esse, dum & reliqui sententias suas dixerint; quo forte non immerito argum. *d. l.* 39. *h. t. & l.* 17. §. *ult. de Recept. qui arb.* referri potest. Quarum ratio quoque fortius in causis criminalibus, aliisque majoris momenti, valet hodieque, ut omnium judicum sententiæ necessario requirantur, quia fieri posset, ut reliqui tam valide suas rationes adstruerent, uti cæteri suas opiniones illis adjungerent, quo spectat, *d. l.* 17. §. *ult.* Atque ita distinguendum videmus inter eos, qui ut suspecti, & qui fortuito absunt. Priorum absentia non minuit reliquorum auctoritatem; etsi jure civili Surrogatio fieri soleat, *l.* 16. *& ult. C. Judic.* quæ hodie in perpetuis collegiis rarius frequentatur. Sed fortuitæ absentiæ paulo aliam, sicut diximus, habent rationem.

16. Quæ autem est ratio, quod in dubio & in pari sententiarum numero Reus præfertur? Est ea non tantum, quod Reus est favorabilior quam Actor, *l.* 125. *de R. J.* Sed hæc inprimis, quod status negotii mutari nequeat, nihilque novi fieri possit, si in neutram partem causa mutandi prævaleat: ideoque si judices, quorum est hæc potestas, votis sint pares, actor vincere non potest, quia victoria non nisi a viribus superiore proficisci potest: Et quia publici juris ratio non ferr, ut lites sine exitu pendeant, Rei absolutio fit necessaria. Hinc intelligi potest, quid facto sit opus, si petatur alie-

(d) *Pos.* 13.

alienatio bonorum minoris, aut Ecclesiæ, si venia ætatis, similiaque rogentur, in quibus non est Actor & reus; paribus sententiis venia negatur, quia concessio veniæ aut alienationis, est aliquid novi, quod sine prærogativa suffragiorum produci non potest. Ac ita Curia nostra servat, nominatim in causa Nobilis matronæ Helenæ a B. viduæ de H. *d.* 31. *Januar.* 1680.

17. Momentum utriusque rationis, quæ est de Rei favore, & novatione non facienda sine potiore numero, concurrit in hoc quæsito frequentissimo; Reus citatus proponit exceptionem v. gr. fori declinatoriam; Paribus suffragiis rejicitur, atque admittitur. Quæritur, rejectio, an admissio prævalere debeat. Aliquoties ea de re in Curia disceptatum, tandemque receptum est, Rejectionem esse præferendam, hac ratione, quod Excipiens ea parte sit actor, juxta regulam, quod Reus in exceptionibus actor sit. *l.* 1. *de Exception.* Ita placuit *d.* XI. *Februarii*, & rursus *d.* 17. *Sept.* 1680. Non deerant tamen, qui pro admissione starent, hac ratione; Quod rejectio exceptionis declinatoriæ, ferat aliquid novi, per quam Excipiens ex foro competente trahitur *in* aliud, cui prima saltem instantia non est subjectus. At illud novum effici non potest, nisi per potentiorem novandi causam, quæ nulla est in pari judicum numero. Idem est in Exceptionibus reliquis. Excipiens enim vult rem in *statu quo*, ut loquuntur, retinere, cujus mutatio res nova est, egens potentia vincendi, qua par numerus caret. Argumentum contrariæ opinionis ex *lege* 1. *de Exception.* respicit ad probationes, quæ ab affirmante proficisci debent, etiam ab Reo scilicet, quando is affirmat: Sed in aliis rebus non amittit favorem legis; Manet reus, & admissio exceptionis pertinet ad liberandum eum; in quam partem oportet esse proniores, quam ad condemnandum. *l.* 47. *de O & A.*

18. Plane igitur in mitiorem sententiam paribus sententiis est inclinandum. Neque res admodum est dubia, si duæ sint contrariæ judicum sententiæ Verum si tres, aut plures collidantur opiniones, sæpe fit, ut quæ quibus jungendæ sint, ambigatur. Nota est Plinii disputatio in *l.* 8. *ep.* 14. Plerique fundamentum ponunt in rebus sive materia judiciorum. Distinguunt inter sententias, quæ totis rebus differunt, & inter eas, quarum una partem alterius continet. Hinc negant, relegantes vel fustigantes conjungendos cum absolventibus. D. Wissenbach. *h. t. th.* 4. ex Grotio 2. *de J. B. & P. cap.* 5. *n.* 18. *& seqq.* Nec abludit Cujacius 12. *obs. c.* 16. qui exinde ponit hanc speciem; Tres judices capite puniunt, duo pecunia; duo exilio. Vult graviorem sententiam, quæ capite punit, cum potior sit numero duabus singulis, esse præferendam, *quia diversarum sententiarum coitio*, inquit, *non est adversus eam, in qua sunt plures idem sentientes.* Videndum est, ne non convenientius fit, ex præsumpta voluntate opinantium magis quam ex natura vel proprietate materiæ subjectæ, hujus rei petere decisionem. Sic præeunt Julianus & Ulpianus; Ex tribus, ajunt, arbitris unus in quindecim, alius decem, tertius in quinque condemnat, quæritur qua sententia stetur, & scribunt, quinque debere præstari; quia in hanc summam OMNES CONSENSERUNT. *l.* 27. §. 3. *de Recept. qui arbitr. recep.* Putem igitur in exemplo Cujaciano, duos, qui in pecuniam condemnant, esse conjungendos cum relegantibus; quia sine dubio malunt relegari quam capite puniri eum, quem pecunia dumtaxat mulctant. Idem erit in hoc, quod Cujacius etiam contra ponit; Si tres capitis damnent, unus deportet, unus releget, unus fustibus, ultimus pecunia plectat; Tres posteriores cum deportante conjungendi videntur, ut sic quatuor adversus interficientes prævaleant, quoniam hoc malle videntur. Sic apud nostram Curiam servatum vidi. Sex Domini e duodecim volebant reum fustigari & stigmate inuri, quinque fustigari tantum, unus eum torqueri volebat. Hic cum fustigantibus est conjunctus, ac ita sex mitiores prævaluere sex severioribus, *ante ferias Pentec.* 1680. Quin etiam absolventes ex eadem præsumpta voluntate judicum cum mitiore pœna conjungentur, quod illi valde negant. Exemplum fuit hujusmodi: Sex domini reum ad virgas damnabant, tres in opus publicum, tres absolvebant. Senatus Curiæ conjunxit trinos posteriores & mitiores, contra sex graviores, quia non poterat dubitari, quin absolventes mallent eum mitius, quam severius puniri; Sed in eadem causa placuerat primo, ut ex trinis mitioribus prævalerent lenissimæ, & conclusum erat in absolutionem. At hoc merito retractatum est, absolventesque conjuncti sunt cum relegantibus in opus publicum. Nam hi non poterant dici, quod vellent absolvi; absolventes omni-

no

no malebant, ut minor pœna quam gravior locum haberet. Mitiores igitur cum mediis conjungendi; quam Alciati esse sententiam, testatur, at non probat Cujacius *d. loco.* Proinde lata est sententia ad opus publicum temporar. *ante easdem ferias an.* 1660. *Res Elle Peeters.* (1)

19. Sed notum est, causas in Judiciis aut viva voce patronorum, vel scripto disceptari, qua de re, & utra methodus præstet, egimus *ad tit. de Postul. Rubr. de Advocatis.* Illa diversitas in sententiis ferendis hunc habet effectum, ut quibus in locis omnia, vel pleraque majoris momenti scripto peraguntur, cum Judices ibi non audierint causam, scripta partium legenda sint, quod fieri debet ab omnibus, vel ab uno, qui referat ad cæteros. Prior modus est molestior, sed tutior; alter expeditior, sed artis majoris, & suspectior. In locis, ubi multitudo causarum & moles scriptorum id fieri permittit, satius est, omnia simul aut seorsim ab omnibus legi: quod fit in nostro foro: simul ab omnibus in causis gravioribus; seorsim a singulis in levioribus. Audita lectave causa, judices suffragantur; quod fit vel colloquendo deliberative, conferendoque rationes, ac ita concludendo: vel determinatis ex continenti singulorum sententiis. Prior modus facit, ut pleræque sententiæ unanimiter ferantur. Posterior ad discrepantias quidem est facilior, sed facit, ut singuli exactius ferant judicium, meliusque rebus attendant: denique, prior iste modus facit, ut jurisdictio fere sit in manu seniorum & peritiorum. Ideo, posterior modus in nostra Curia more majorum receptus est, ac ita quidem, ut novissimus Senatorum primus sententiam rogetur. Cujus rei hæc videtur esse ratio: ne juniores antecessorum sententias incuria vel reverentia sequi discant, ac ut ipsi vires ingenii atque judicii, inde mox ab initio acuant, atque experiantur.

POTESTAS ET OFFICIUM JUDICIS.

XX. Officium Judicis respectu Legis & æquitatis. XXI. Quid si conflictus sit inter legem, & jus divinum, ubi sententia Sandii ex M. S. posse Judicem sequi jus divinum præ Statutis. XXII. Improbatur sub temperamento. XXIII. Quatenus judex Leges a Jure divino discrepantes sequi possit. XXIV. Jus suppleri a Judice posse, non facta. XXV. An Princeps ex sua solius conscientia judicare possit. XXVI. Non Juri casus pro amico.

20. Quæ *superius* dicta sunt, ad plures numero judices habent relationem; pauca de Judicis officio, seu plures sive singulæ sint personæ, supersunt. In summa diximus *ad tit. Inst. de Offic. n.2.* Judicis Officium esse, ita judicare quemadmodum Legibus & moribus est proditum, *pr. I. d. t. l.*13. *C. de sent. & interlocut.* adhibita scilicet æquitatis arte, secundum ea, quæ dicta sunt *p.* 2. *ad tit. de Justit. n.* 11. *& seqq.* videlicet, si verba legis pugnare videantur cum verosimili mente legislatoris, ut tum mentem potius quam verba sequatur. *l.* 8. *C. de Jud.* Quod si mentis & verborum nulla pugna liqueat, Lex tamen sit dura & iniqua, Judicis officii non est aliter statuere quam Lex ferat, *l.* 12. §. 1. *in fin. Qui & a quib. manumiss. lib.* cum id solius sit Principis. *l.* 1. *C. de LL.* Quid si tamen Lex sit contra Jus Divinum, vel recedens a jure divino, possitne Judex a Lege sive statuto recedere, & sequi jus divinum forense, quæstionis est. Plane, si contingat, legem esse latam sive Statutum, (Liberi tamen populi) quod vere pugnet cum jure divino cordibus insculpto vel nobis tradito, velut si puniantur res honestæ, vel turpia sanciantur, non esse recedendum a præcepto Principis. Apostolorum, Deo magis obediendum esse quam hominibus, statuendum. Sed quomodo, an judicare potest aliter quam Leges ferunt? Non potest, hoc enim est summæ potestatis, *d. l.* 1. *C. d. LL.* verum, si re ad Principem relata, nihil expediat, magis est, ut judicandi officio abstinendum videatur.

21. Quid ergo, si Lex divina super eodem facto aliud statuat, an non hoc potius quam Statutum sequi potest? Ita sensit olim vir gratiss. Jo. a Sande in *not. ad lib.* 3. *statut. Fris. tit.*

(1) *In casu* l. 27. §. 2. de recep. qui arbitr. recept. *si ab omni jure positivo abstrahamus, dicerem reum in decem esse condemnandum, major enim pars in decem condemnat. Videsis Henric. de Coccejii* dissertationem de eo quod justum est circa numerum suffragiorum, *quæ inserta fuit commentario ad Grotium* lib. 2. cap. 5. §. 19. *ubi duas regulas proponit, ex quibus omnes quæstiones huc pertinentes facile resolvi possunt.*

tit. 11. *art.* 3. ubi pœna adulterii pecuniaria. Verba ex ejus MS. excerpta hæc sunt: *Quæri hic potest, utrum pœna hæc Statutaria*, (olim sc. 50. nunc 200. florenorum) *sublata sit pœna, jure divino & jure communi* in adulteros constituta. Sane, *quamvis regulariter per pœna statutariam abrogata censeatur pœna Juris communis*, Jul. Clar. §. *fin. Quæst.* 85. Fachinæ. *lib.* 9. *controv. c.* 1. *præsenti tamen casu secus dicendum videtur. Nam quando pœna juris communis etiam jure divino prodita est, tunc eam Statuto sublatam non esse, verius est; cum inferiores supremi illius Dei Legem tollere nequeant*. Panorm. *in cap. In dioces.* 15. *in fin. X. de Usur.* Bald. *consil.* 76. *incip. forma statuti. in fin. lib.* 2. Ludov. Rom. *cons.* 12. *incip. viso facto proposito. n.* 2. Quamobrem etiam, non obstante hac pœna statutaria, Judex nihilominus pœnam Juris divini dictare potest, ut est elegans in terminis Decisio Johannis Fabri. §. *item Lex Julia. n.* 3. *de publ. Judic.* Potest dici, quod pœna Lege divina statuta, non tollitur neque mutatur per constitutionem hominum, sed alia additur, quæ non tollit aliam, & ideo videtur, quod Judex etiam posset adulteros puni re ad mortem, quamvis de jure vel consuetudine alia pœna sit. Hæc Faber. *Præterea quando delictum, pœna Statuti non sufficienter punitur, non censetur abrogata pœna juris communis, quia verosimile non est, id recte judicio tacito facere voluisse*, quod verbis expressis facere nefas duxissent. Et hanc sententiam confirmat Aymon. Cravetta in *tract. de Antiqu. temp. part.* 4. §. 2 *n.* 6. ubi ait; Sibi aliquando in quæstione Falsi allegatum fuisse quoddam ejus loci Statutum, quo Falsum 25. solidis Turonensibus coerceretur, seque tum monitum, ut juramenti sui, quo se Statuta observaturum promisisset, recordaretur: verum se non obstante Statuto illo, pœnam Juris communis dictasse, respondetque ibi ad objectionem illam, juramentum de Statutis servandis a se præstitum, restringi oportere ad statuta valida & justa, non autem ad invalida & iniqua, utpote quæ delinquendi occasionem præbeant. Adde Menochium *lib.* 5. *præsump. ult. num.* 23. & *seqq.* & Jacobum Schultes. *in addition. ad Modestin. Pistoris part.* 2. *Quæst.* 58. *num.* 85. & *seqq.* Hactenus Sandius sua manu, ut mihi adfirmavit ejus optime gnarus Vir genere & virtute Nobiliss. Hero ab OCKINGA, Senator olim supremæ Curiæ, Academiæ Curator, & dein Quæstor Frisiæ Generalis, qui Statutorum Frisiæ, manu Sandii illustratorum, mihi copiam aliquando fecerat.

22. In hac disputatione duæ sunt positiones summæ, Una, quod pœna Legis divinæ per diversam Statuti pœnam non sublata, verum alia super aliam addita sit. Altera, quod judex iniqua Statuta, rebus judicatis exequi & confirmare non teneatur. Ego primam positionem veram esse, non puto. Nam pœna qualibet Lege constituta, delicti æstimatio est, nec est æquum, multo minus Legislatoris menti conveniens, ut unum idemque delictum variis æstimationibus coerceatur, ut docet Papinianus in *l.* 41. *de Pœn.* Quando igitur Statutum, (intelligimus Legem civitatis liberæ) diversam à Lege Divina pœnam constituit, non potest ejus animi esse, ut Legem supra Legem cumulet; sed aliam delicti facit æstimationem, quod pro diverso cujusque Reipubl. statu fieri posse, docet idem Sandius *lib.* 5. *Decis. tit.* 9. *def.* 9. quæ mihi cum his allegatis parum convenire videntur. Secunda positio; judicem ad iniqua Statuta servanda non teneri, concedi potest, eo sensu quo diximus, eum non teneri judicatis exequi manifestas iniquitates; sed nec id concedendum Judici, ut conscientiæ prætextu secundum leges cerebri sui, vel diversæ Reipubl. (quales etiam sunt Mosaicæ, quas Deus non tulit hoc animo, ut omnes populi illis parerent) spretis patriæ Legibus, etsi duris & iniquis, jus dicat. Quominus idem judicandi officio se abstineat, impediri non potest, neque debet.

23. An vero salva conscientia potest Judex sequi dictatum Legis iniquæ, & an necesse erit, ut tali casu judicando abstineat? Si lex toto genere sit iniqua, si honestatem pietatemque puniat, & contraria sanciat, omnino abstinendum. Si modum inclementiæ vel severitatis excedat in puniendis delictis, remissiorem quidem pœnam tuto infligere posse videtur, quia quatenus punit, recte agit; quod durius non punit, id non est in ipsius manu. Quando vero Lex severitatis excessu tantopere peccat, ut salva conscientia, etsi factum sit turpe, judex eam pœnam exercere nequeat, haud facile dictu est, quid faciendum; nisi quod antea diximus, ut judicando abstineat, quod & de tormentis examinandi causa solitis adhiberi, pro iis, qui hæc improbant, tenendum videtur.

24. Hactenus de Jure, quo plura spectantia vide apud Ant. Matthæum *disp. XI. de Judic. a pr.* Quibus & hoc adde; quod Judicis officio

cio consentaneum sit, rationes Juris, quas partes earumque Advocati minus aliquando suggerunt, in examinanda causa formandaque sententia supplere, qua de re est *l. un. C. Ut quæ desunt Advocatis part. Jud. suppl.* ubi: *quod sciat Legibus, & juri publico convenire.* De factis idem Judici nequaquam licet, verum in his acta probata sequi, nec ullo modo excedere debet, *l. 6. §. 1. de off. præf. l. 3. de Testib.* non modo quæ a partibus omnino sunt omissa, solique cognita judici, verum nec ea, quæ certo aliter ipsi constant, qua de re diximus ad *tit. I. de off Jud. n.* 2.3. ubi excepimus eos, qui ἀνυπεύθυνως judicant, hoc est ita, ut judicati rationem reddere non cogantur, & quorum sententiæ retractari nequeant.

25. Qua parte dissentire videtur A. Matthæ. *in disp. de Judic. th.* 13. Vult consilium, quod Azo dedit Præsidi Bononiæ, qui cædem admitti sine teste viderat, ut deposita judicis persona fungeretur officio testis, in ipso Principe servari. *Quid enim absurdi*, inquit, *vel ipsum Principem testis officio fungi*? Nihil in eo quidem absurdi, rectissimeque Principem summum ita instituentem, esse facturum existimo. Sed quæritur de potestate, quid facere possit de jure, non quid facere debeat ex Lege prudentiæ. De jure, distinguendum, sit ne Princeps, cui summa potestas simpliciter est delata, cuique nulli legibus præjudicatur; an vero sit talis Reip. moderator, in qua Leges non permittunt aliter, quam ex ordine Legibus præscripto aliquem damnari. Priore casu Principem, cui de facto plane liquidoque constat, sine testibus sententiam ferre posse, credidi, nec aliter sentio: Posteriore casu in sententiam *D. Matthei* concedendum puto.

26. Potestas Judicis legibus & conscientiæ religione circumscripta, nullo modo est arbitraria, ne quidem casibus ambiguis, quos casus *pro amico* vulgus appellat. Debet hoc serio agere, ut animi judicium trutinatis exacte rationibus, Deo quoque, ut est rei momentum, ardenter invocato, in alterutram partem inducat, atque ita rectissime Decius *conf.* 176. *n. 6. incip. viso themate.* judicem in casu valde dubio sequi posse opinionem, quam ei conscientia dictat, voluit. Quod si dubitationem superare nequeat, aut medietas facienda, secundum id quod diximus *in. fin. tit. de Reb. dub.* aut pro reo pronunciandum. *arg. l.* 125. *de R. J. l.* 47. *de O. & A.* Recte etiam Princeps consulitur. *l. 1. l. 9. & l. ult. C. de LL. l. 11. l. 13. & l. 18. ff. eod.* A. Matth. *disp. XI. de Judic. th.* 8.

DICTUM SENTENTIÆ.

XXVII. Dictum sententiæ qua linguæ concipiendum. XXVIII. Pars ejus prima; In quos dictum sit concipiendum & quo modo Procuratores juxta dominos recenseantur. XXIX. Partis II. Dicti Sententiæ articulus primus, continens præfationem judicis. XXX. Articulus II. & præcipuus, absolvens aut condemnans. XXXI. Materia sententiæ principalis. XXXII. An valeat sententia, si quædam omissa fuerint. XXXIII. De certitudine condemnationis. XXXIV. An conditio adjici possit sententiæ. XXXV. Nihil in sententiam posse conferri, quod in petitione non fuerit. XXXVI. Aliquando ex conclusione Rei sententiam ferri. XXXVII. An si omissa sit fructuum & impensarum condemnatio, nova de illis actio detur.

27. POstquam judices officio suo diligenter functi, quo pacto sententia ferenda sit, constituerunt, DICTUM ejus formare debent, quod lingua Latina concipiendum esse, docet *lex* 48. *h. t.* quamvis & Græce permittat *Lex* 12. *C. de sent. & interlocut.* Et exemplum sententiæ Græcæ, est in *l. 9. §. 8. de Pæn.* Nec dubium quin præsides, cujusque gentis, cui præfuere, lingua, sententias proferre potuerint, juxta Latinam, quemadmodum Pontius Pilatus Hebraice elogium cruci Servatoris nostri adfixit. Hodie non est quod ea de re laboretur, nec dubium, quin Lingua communi ferenda sit sententia; Communi, inquam, non cujusque nationis dialecto speciali; Nec enim in agris Frisiæ, ubi utimur Lingua Frisonica antiqui Germanismi, hac ferremus sententiam, sed Belgica. Quod & in Gallia, ubi Vasconica aliæque provinciales dialecti non minus deflectunt, servabitur.

28. Porro Dictum Sententiæ constat duabus partibus; Una, quæ nomina qualitatesque par-

partium; altera, quæ judicatum continet. Nominari debent, in quos sententia fertur, & hi sunt, quibuscum Litis Contestatio facta est, *l. 1. C. de sent. & interloc.* ubi reprehenditur sententia Præsidis, qui cum cognovisset inter petitorem & procuratorem, ipsum dominum Litis condemnaverat, etsi persona ejus in judicio non fuisset. Quæ dicitur esse nullitas *ibi*, ut causa de integro sit cognoscenda. Quod eo pertinet, quia Procurator litem contestando fit dominus Litis. Atqui in nostris Foris semper in sententiis mentio fit primo loco Procuratorum, & secundum eos dominorum. Litis: Etsi litis contestatio inter dominos litis solos perpetrata fuerit ac ita soleat fieri. Sed in memoriam revocanda, quæ ad titulum de *Procuratoribus* demonstrata sunt; quando in Legibus sermo fit de procuratoribus, non intelligi procuratores publice admissos, quales nostri, & quales tum temporis nulli erant; sed mandatarios, qui amicitiæ causa lites aliorum urgebant. De talibus hodieque verum fit, quod habetur in *d. l.* 1. si absentis amici mei rogatu causam ejus judicio persecutus fuero, & Procuratorem publicum ad eam rem adhibuerim, (ut in nostris Foris solet ac debet) qui meo nomine tanquam mandatarii, litem contestatus sit; & tamen Judex in dominum causæ ferat sententiam, non validum esse judicatum. Sed Procuratores nostri, ut ministri dumtaxat adhibentur, eoque respectu in sententiis commemorantur, additis immediate ipsorum dominorum nominibus, quorum nomine Litis contestatio facta. Et hoc mihi novum est argumentum, quo probo, falli eos, qui exinde quod Procuratores publici in sententiis primo loco memorantur, quasi hi quoque sint domini litium, putant. Nam quorum nomine litis contestatio facta est, in hos quoque tanquam dominos Litium, fertur sententia. Sed dominorum, non procuratorum nomine facta est litis contestatio: In hos igitur neque sententia fertur, etsi primum occupent locum, neque domini litium fiunt, aut fuisse creduntur: sed ipsi, ad quos ea res pertinet; Ita nempe, ut mandatarii, quos dicimus extrajudiciales, qui Procuratores & ipsi alios judiciales constituunt, pro veris litium Dominis habeantur. Cæterum, qualitates litigantium ex ipsorum scripturis, scilicet Actoris e Libello, Rei ex ipsius Responsione, non ex eo, quod Actor in libello ipsi adscribit, petendas esse, ratio & usus volunt.

29. Pars secunda Dicti bimembris esse consuevit. Prima mentionem Judicis summæque potestatis, a qua judex habet auctoritatem, & τὸ ἦθος præ se fert. Τὸ ἦθος judicis intelligimus in eo, quod præfatur, se deliberato consilio ferre sententiam, considerasse quidquid in ea causa æstimari debuerit. Auctoritas consistit in laudando Principe, vel eo qui jus Principis habet, declarandoque, ipsius nomine ferri sententiam. Antiquitus enim Reges ipsos jus dixisse, eaque gratia primum esse constitutos, satis constat. Cicero: *Fruendæ justitiæ causa, reperies olim bene moratos Reges constitutos. lib. 2. de offic. c. 2.* Hesiod. Theog. v. 88.

Τοὔνεκα γὰρ βασιλῆες ἐχέφρονες, οὕνεκα λαοῖς Βλαπτομένοις ἀγορῆφι μετάτροπα ἔργα τελεῦσι.

Hac una Reges sapientes Lege creantur;
Dicere jus populis, injustaque tollere facta:

Saltem ut summa ad eos provocatio esset: qua gratia Carolus Magnus in quaque hebdomade unam diem civibus adsignaverat, eaque de re extat ejus *Constitutio*. Postea Reges solum jus publicum sibi suisque Consistoriis servarunt, res judicandas Curiis judicum inferioribus & supremis delegarunt. Porro in nostris Tribunalibus recepta est hæc formula: *Nomine Dominii provinciæ Frisicæ. Uit den name ende van weegen de Heerlykheyt der Landtschappe van Frieslandt.* Fere ut olim in Hollandia: *Uit name van de Hooge Overigheyt en de Graeflykheyt van Hollandt* &c. Nostra memoria, cum Proceres ibi in animum induxissent, civibus omni modo inculcare, quos penes summa potestas Reipubl. esset, eaque verba minus clare id indicare viderentur, exiit Decretum, quo jussi sunt ferre sententias Judices, tam inferiores quam superiores, *uit Name ende van weegen de Staaten van Hollandt, &c.* Et merito. Cum enim summa potestas sit Facultas personalis, & priora verba Majestatem quandam Realem præ se ferrent, danda fuit opera, ut personæ summa potestate præditæ demonstrarentur. Apud nos illa mutatio non obtinuit, nec scio, an tam facile reciperetur: quatenus Curia Suprema justitiam heic alio jure, quam forsitan alibi, stabilitam interpretatur, ut patuit ex libro, hac de re nomine Curiæ edito *anno* 1662.

30. Sequitur ultima & præcipua pars, Caput sententiæ, Condemnatio vel Absolutio. Sciendum autem, sententias bifariam concipi: Uno modo, cum tota causæ narratio, factique & ju-

& juris merita recensentur, iisque absolutio vel condemnatio subjicitur; Altero, cum dictum Sententiæ, de quo nunc egimus, ad absolvendum vel condemnandum breviter collocatur. In his autem brevibus dictis, non incommode quædam declaratio causæ, fundamentum condemnationis exhibens, præmitti solet: Nam in absolutione cum nihil novi dicponatur, brevioribus esse licet. Declarationis ejusmodi brevis exempla passim habemus, ut in *l.* 17. *C. Ex quib. caus. infam.* Ἐσυκοφάντησας, *Calumniatus es*. Προπετῶς μὴ ὄμνυε, *Ne temere jurato*, *l.* 13. *in fin. de Jurejur.* cui pœna scilicet addebatur. Ita ad Hæreditatis petitionem, Actor primo declaratur hæres; tum, ut hæreditas restituatur, condemnatio. In Rei vindicatione, primo Res propria declaratur, dein condemnatio ad restituendum. In hypothecaria, res hypothecæ obnoxia declaratur, & consequenter restitui jubetur. In personalibus judiciis, idem quidem instituitur, non tamen semper; ut primo quis declaretur alteri debere centum, & dein condemnetur ad solvendum. Inseritur hoc quidem sententiis quandoque. Actor ita formavit conclusionem; sed magis supervacue, quam ubi ex jure in re constituto agitur, quod prius expedit stabiliri, quam præstatio inde resultans exprimatur & injungatur. Sed quia condemnatio vel absolutio in personam dirigitur, nihil opus est, jus in personam competens ingeminari: nec tamen inepte adjicitur. Ita factum *in l.* 75. *de Jud.* Judex *pronunciavit absentem debere*, sine dubio ex speciali causa, cum condemnatione ad solvendum, etsi hoc, ut per se notum, omisit Julianus: Nisi quis putet, in superioribus exemplis sententiarum, Ἐσυκοφάντησας, Προπετῶς μὴ ὄμνυε, non fuisse condemnationem certæ pœnæ adjectam. Idem de pronunciatione, *quod servus in causa redhibitionis fuerit*, adserendum puto, in *l.* 58. *in pr. de Ædil. Ed.* Quod si tamen non subjecerit verbis expressis condemnationem, sed aliud nihil dixerit, quam, *Titius Cajo fecit injuriam*; *Cajus Titium calumniatus est*, numquid ex tali pronunciatione dabitur actio judicati? Videtur esse danda, si ipso jure determinatum sit, quid exinde sequatur, ut nulla opus sit collectione ad condemnationem eliciendam, ut in *l.* 1. §. 4. *ad SC. Turpil.* Si vero non sit determinata, nec id ultro inde sequatur, non potest fieri ut inde detur actio. Sed non credo id unquam usu venturum, &, si contingat, difficulter ad condemnationem ejusmodi sententiam valituram, ad absolutionem facilius. Plane, verbis *absolvendi*, *condemnandi*, non præcise utendum; sufficere, si Judex æquipollentibus utatur, facile conceditur, A. Matth. *d. disp. de Judic. th.* 51.

31. Hæc ad formam condemnationis spectant. Materia distingui potest in principalem & accessoriam. Principalis circa rem in judicium deductam vertitur. Accessoria circa Fructus, Usuras, Expensas, & id genus alia. Quod ad utramque, cavere debet Judex, ne de alia re judicet, quam quæ in judicium deducta fuit. *l. ut fundus.* 18. *de Comm. divid.* Quid veniat in judicium, ex intentione non rei, sed actoris æstimabit. *l. solemus.* 61. *de Judic.* Intentio actoris si ambigua fuerit, id capiet, quod utilius est petitori. *l.* 66. *eod. tit.* Quod autem post litem contestatam accidit, hoc non potest videri in judicium venisse, licet deinde fuerit allegatum, sed novæ instantiæ reservandum est. *l.* 23. *d. tit. de Judic.* Multo minus, si reus alias res, licet cohærentes objecerit, horum in sententia ratio haberi potest, per *d. l.* 61. *& l.* 23. Exemplum: Conveniebat aliquis Tertium judicio communi dividundo, de quinque distinctis agris communibus. Titius respondebat, non quinque, verum sex agros esse communes, nolle se nisi omnes dividere, & offerebat divisionem sex agrorum, quinque recusabat. Consultus a Judicibus, an reus sub hac oblatione non esset absolvendus, respondi, quinque tantum agros in judicium esse deductos, nec reum augere posse per modum responsionis intentionem, debuisse illum sextum addere per reconventionem. Qua omissa, videri condemnandum ad divisionem agrorum ab actore in judicium deductorum, salvo jure agendi de sexto per novam instantiam. *ante ferias Caniculares* 1689.

32. Cæterum, de præstationibus ad res in judicium deductas pertinentibus, æque respectu rei quam actoris esse judicandum, nulla dubitatio est. Adeo, ut si in unius persona damnatio sit omissa, nec in alterius persona valeat, *l.* 27. *D. Fam. ercis.* addita ratione, *quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.* Unde recte Dd. observant, de tota re in judicium deducta judicandum esse, de parte si judicatum sit, nullius momenti esse sententiam, quod & Cujacius inde colligit. *lib.* 23. *obs.* 1. A. Matth. *d. disp XI. th.* 56. Quod est verum, quatenus una res in judicium est deducta. *Quod si multæ sint in lite*

ce-

capita, potest Judex super quibusdam eorum sententiam ferre definitivam, tuncque iterum de aliis quærere, & sententiam proferre, quæ ipsi videatur, neque compellatur unam sententiam de omnibus capitibus simul dicere, sunt verba Constitutionis Justinianeæ in *l. pen. C. de Sentent. & interlocut.* quæ non extat in veteri editione Codicis, sed ex Basilicis suppleta est. Plane, si in judicio causa conventionis & reconventionis agatur, vel diversis instantiis plures causæ in unum judicium redigantur; posse Judicem super una ferre sententiam, & alteram vel probationi, vel novo judicio delegare, probavimus *ad tit. de Judic. n. 26. in fin. & ad tit. de quibus reb. ad eund. jud. eat. n. 9.* Quod si in [illegible] ta, Judicis officium est de omnibus jus dicere. At si omiserit aliquid, non est ipso jure nulla sententia; sed actio de omissis superest, ut de compensatione, cujus judex rationem non habuit, docet Ulpianus in *l. 7. §. 1. de Compensat.* Quod si pleraque capita judicii generalis decisa, quædam rejecta vel improbata sint, actio & exceptio rei judicatæ inde nascitur. *d. l. 7. §. 1.* Videntur autem rejecta, non modo quæ nominatim improbata, sed etiam quæ generali clausula repulsa sunt, hujusmodi; *de cæteris in petitionem deductis Actore repulso*; ut nostrates efferunt, *Verklarende den Impt. tot syn verdere genomen Eysch ende Conclusie niet ontfangbaer.* Nam per hanc clausulam de capitibus omissis nascitur exceptio rei judicatæ.

33. (e) Verum etsi de re tota judicaverit, oportet tamen & certam quantitatem Judex sententia sua complectatur. Alioqui sententia inutilis est, ut si hoc modo pronunciaverit; *Quæ bona accepisti, solve.* Vel, *omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve. l. pen. & ult. C. de Sent. quæ sine cert. quant.* Aliter, *id quod actoris interest solve*: hoc enim incertum est. *l. un. Cod. de sent. quæ pro eo quod inter. prof.* Hoc ultimum ita nude collocatum in *posit.* 6. dedit occasionem Thomasio subjiciendi hoc.

SCHOLIUM.

Non putem, judicis sententiam, qua reum in id quod actoris interest condemnaverit, esse nullam. Aut enim Auctor intelligit per id quod interest, totum debitum principale cum accessionibus, aut accessiones saltem. Sic v. g. si actor centum cum accessionibus a reo petat, & Judex reum in id quod actoris interest condemnet, vera quidem esset ejus assertio, sed hanc Auctoris mentem non fuisse, colligere est ex Codicis titulo de sent. quæ pro eo quod interest profer. *quem hic citat, ibi enim per id quod interest, solum principalis debiti accessorium denotatur. Si posterius, v. g. si Judex reum condemnet, ut actori centum cum omni damno & interesse restituere deberet; neque probatur auctoris opinio per* d. l. un. C. *utpote quæ Judici saltem normam præscribit, intra quam interesse actoris æstimari debeat; neque quidquam magis in judiciis nostris frequens est, quam ut ejusmodi sententiæ proferantur, ac postea ab actore terminus novus impetretur, in quo interesse suum æstimet, judexque novam super eo sententiam* [illegible] 32. Ord. Proc. Saxon. tit. 36. *conf.* Autor. prælect. ad Inst. de Act. n. 20.

RESPONSIO.

Brevitas positionis nostræ huic scholio dedit occasionem. Concedo, (quis enim neget rem notissimam?) Quod juxta condemnationem principalem certam, fiat condemnatio in id quod interest, quemadmodum & petitio fere semper ita instituitur. Dicere volui, condemnationem in id quod interest, esse nullam, ita factam, sicut ea quam diximus; in id quod petitur, in id quod debetur, cum usuris competentibus; *atque sicut Thomasius in primo intellectu mentem nostram accepit: Cui non obstat citata l. un. cum ex ea nihil aliud, quam id quod interest simpliciter dictum, esse incertum, probare voluerimus.*

N. ADDIT.

Ergo jam & de hac quæstione inter nos pax est.

Quin imo, cum sæpissime fiat, ut petitio actoris tantum sit in id quod interest, sine definitione certæ summæ, manifestum est, non paucas hodieque sententias in id quod interest simpliciter esse concipiendas; non tantum quando hoc est accessio, sed etiam quando totum quod petitur in id quod interest resolvitur, quod accidit in obligationibus quæ in faciendo consistunt; imo in omnibus, quarum præstatio non habet amplius facultatem, vel cum actori non est commodum urgere earum implementum. *l. 72. de V. O. l. 11. §. 9. de Action. Empt. & l. 13. §. 1. de Re Jud. & alibi passim.* Primo scil. an Reus ex illis causis debitor sit, disceptatur, & Actor eum debere contendens, agit in id quod interest: quod dein-

(e) *Pos.* 6.

deinceps æstimatur: Ut principalis condemnatio simpliciter, inquam, in id quod interest fiat, nec aliter omni die servatur.

34. (f) Certitudini sententiæ, quo proxime dicta pertinent, consentaneum est, eam non recipere conditionem, quoniam hæc omnia suspendit, nihilque ponit in esse, ut loquuntur: Nec ideo partibus apta fuerit dirimendis, quem tamen sententiæ finem esse constat unicum. Quid autem, si conditio, secus ac oporteret factum, adjecta fit? Perinde valere sententiam ac si conditio adjecta non sit, post alios tradit ex *l.* 1. §. 5. *Quand. appell.* A. Matth. *d. disp. de Judic. th.*49. Non docet hoc tamen Ulpianus, sed hoc tantum: Si computari a tempore latæ sententiæ, non a die conditionis existentis: supposito scilicet, opus esse conditione existente ad effectum rei judicatæ. Sensui enim communi adversatur, ut jus sub conditione alicui partum, etsi perperam, id ex continenti poteque valeat. Patet hoc ex *l.* 37. *de Excusat. Tut.* ubi talis est sententia; *Si Legitimum Tutorem habenti Tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio.* Quæritur, an excusatus sit; negatur, etsi justas habeat alias excusandi causas, *propter vitium pronunciationis*, ait Scævola. Non valet igitur sententia, quasi conditio adjecta non fuisset, ut illi volebant; secundum opinionem istam Tutor excusatus esset. Estne igitur ipso jure nulla sententia sub conditione tali? Nec hoc quidem; non excusatur ibi Tutor per sententiam, quia conditio defecerat sub qua fuerat excusatus: *nec enim erat impuberi Tutor Legitimus*. Si fuisset, excusatio habuisset effectum ex sententia. Doctores antiqui, Accursium *l.* 11. *C. de Sent.* & Bartolum in *l. Ait Prætor.* §. *Si Judex. h.t.* secuti, distinguunt inter conditionem intrinsecam & extrinsecam. Intrinsecam vocant, quæ pendet ex actis, ut hæc, *si probatum sit*, *si juraveris*, qualis & illa fuit in *d. l.* 37. *Si pupillus habeat Tutorem Legitimum.* Hujusmodi conditionem valere putant. Extrinsecam, quæ ab Actis causæ est aliena, velut, *Si navis ex India venerit*. *Si Titius Consul factus fuerit*, non recte adjici volunt. D. Ant. Matthæus rejicit hanc distinctionem *d. th.* 49. Mihi verissima videtur, sano sensu. Extrinseca conditio vitiosa est, quatenus pro non adjecta habetur. (2) Intrinseca male quidem adjicitur a Judice, qui operam dari debet, ut pure ferat sententiam, ratione superius reddita: quando tamen adjecta reperitur, si quidem non existat conditio, nihil habebit Actor; si extiterit conditio, habebit effectum rei judicatæ. *d. l.* 37.

Non possum etiam probare discrimen, quod idem D. Matthæus statuit inter has conditiones, *Absolvo, si juraveris*, & *Condemno, si* [illegible] Priorem dicit valere D. Matthæus, posteriorem non valere pronunciat. Imo vero neutram a Judice recte adjici credendum est Ulpiano, in *d. l.* 1. §. 5. *Non debet Judex sub conditione ferre sententiam, nulla omnino*; quia partes ita non dirimuntur; quia tum non est ultima pronunciatio; quia non continet absolutionem vel condemnationem: quia conditionalia tantum sperantur, non sunt. Denique, fieri potest, adjecta conditione *si juraveris*, ut is, cui juramentum per sententiam est delatum, moriatur antequam juraverit. Quid dices, valetne sententia, ut D. Matthæus diceret? Non potest adversario nocere sententia, cui non aliter nocere potuit, quam si alter juraverit, quod factum non est, (accidit ista species in quadam vicina Curia) Si dicas, non valere, nihil actum erit. Præpostere igitur facit judex, absolvens vel condemnans sub conditione, *si juraveris*. Optime juridiceque in nostra Curia, jusjurandum in sententia nunquam ut Conditio, sed ut jam præstitum, poni solet, exigiturque ante pronunciationem, ut Dicto inseratur; *Gehoort den Eedt*. Accursius, ait D. Matthæus *d. th.* 50. *valere putavit sententiam sub hujusmodi Conditione*, Condemno, si probatum sit; *sed hoc falsum est*, *meritoque*, pergit, *post Connanum displicuit viro ingenii judiciique recti* Francisco Sarmiento, 1. *select. interpr. c.* 13.

Recte

(f) *Pos.* 7.

(2) *Nec extrinsecam conditionem pro non adjecta habendam dixerim, sed eventum ejus expectandum, ut sententia effectum rei judicatæ consequatur: ut ut enim hæc conditio ab actis causæ sit aliena, credidit tamen judex ad ea pertinere, & jus victoris ab ea dependere, quod sufficit ne sententia ante ejus existentiam consequatur effectum rei judicatæ. Probat hoc etiam Ulpianus in l.* 1. §. 1. *quand. appelland. sit. dum quærit a quo tempore computandum sit tempus appellando præfixum, an a die latæ sententiæ, an vero a die quo conditio extitit: & docet statim tempora computanda esse. Et merito: nam iniquitas, de qua appellans conqueritur, jam in pronuntiatione sententiæ commissa est. Quod si conditio pro non adjecta foret habenda, nullum potuisset esse dubium, quia ex die sententiæ tempus ad appellandum computari debuisset.*

Recte illud, quod ad judicis officium attinet; sed quid, an ipso jure nulla erit omnis sententia, cui hæc sit adjecta conditio? Debuit equidem Judex eo modo non definire causam, sed interloqui: definivit tamen, Actor est paratus ad probandum, quod probare jussus est, & probat: an non gaudebit re judicata? Nulla vetat lex aut ratio, idque in Germania sæpe fieri, scribit Strauchius *dissert. Justin.* 26. *num.* 3. Apud nos quidem minime solet. Ipse tamen ejusmodi aliquando Sententiam apud Tribunal exactissimum obtinui. Diversas pecuniæ summas uno libello petieram, quarum una sola probationem parum validam aut sufficientem habere judicabatur: sed tam levis erat momenti hic defectus, ut ea gratia totam causam interlocutione sufflaminare visum non fuerit. Condemnatus igitur est reus in summas pecuniarum petitas, hac lege, si *talem* articulum probaverit Actor; *des de Impt. sal toonen &c.* Probavi, & obtinui rem judicatam. Forte magis *νομικῶς* a Judice ex officio ante sententiam peti potuisset probatio, si ex continenti exhiberi posset, ut illa quidem poterat. Alioqui interloquendum fuisset, ut quidem videtur; sed totam sententiam esse nullam, lex aut ratio juris nulla jubet.

35. Porro ex eo, quod diximus, Judicem in ferenda sententia non posse rem in judicium deductam excedere, limitesque ejus rei, nonnisi ex libello & actoris petitione colligendos esse; sequitur, sententiam libello ejusque conclusioni conformem esse debere, nec ullo modo plus quam Actor petiit, complecti, quod vel esset stultitiæ, vel animi quo litem suam faceret Judex. Proinde quando secundum Actorem ejusque petitionem datur sententia, dictum fere ex conclusione Libelli formatur, quodque in eo non reperitur, id nec in sententiam referri potest, aut solet. Omitti quominus aliquid possit, si non totum Actori adjudicetur, nihil obstare potest, eo modo quo dix. *n.* 33. *in f.*

36. Aliquando etiam ex verbis & conclusione Rei formatur dictum sententiæ, non tantum, si absolvatur, quod est tralatitium & per se notum, sed etiam quando condemnatur, quod cum valde notabile sit, heic non est omittendum. Quando Reus Actoris petitioni se quidem opponit, attamen offert aliquid ad satisfactionem ejus quod Judex sufficere arbitratur: ejusmodi oblatio bifariam in sententiam conferri potest, vel ut reus absolvatur sub præstatione ejus quod obtulit, vel ut condemnetur in id quod obtulit. Prior modus in Curia nostra solebat esse ordinarius. Sed ab aliquot annis visum est potius, oblationes rei convertendas esse in condemnationem: idque ob hanc rationem, quod reo sub præstatione ejus quod obtulisset absoluto, actor non haberet actionem rei judicatæ ad consequendum oblationis effectum; quo tamen opus erat omnino. Inde factum est, primo, inquam, ut sententia e dictis rei, non actoris, formari possit ac soleat: Item, quod absolutoria in effectu & ex commodo rei speciem habeat condemnationis, nec aliter ab audientibus accipiatur. Petebat a me nuper aliquis, ut domum juxta ejus parietem structam diruere cogerer. Opponebam me scilicet, offerebamque præstationem ejus quod interesset ipsius, quod revera nullum erat. Judicatum est, hanc oblationem esse justam, & condemnatus sum præstare actori id quod interesset ipsius, ita non fuisse ædificatum: videbatur esse gravis sententia; verum ex meis verbis concepta & absolutoria in effectu.

Cæterum, quod diximus, in sententiam nihil ingredi posse, quod non fuerit in conclusione, difficultatem habet respectu eorum, quæ ut accessoria sententiis inseruntur, & quæ tacite dicuntur inesse rei in judicium deductæ; an hæc in condemnationem a Judice conferri possint, etsi ab actore petita non fuerint. Reponam hac de re thesin, quam ut indubitati juris ponit D. An. Mattheus *d. Disp. de Judic. th.* 14. *in fin. & th.* 15. Veniunt, inquit, *in sententiam quædam aperte, alia vero tacite. Aperte veniunt, quæ verbis intentionis exprimuntur. l. solemus, 61. de Judic. Tacite, quæ etsi non expressa, per consequentiam & ipsa petita intelliguntur, ut fructus & reliquæ accessiones rei petitæ, quæ post judicium acceptum contingunt. quæ vero ante litem contestatam contingunt*, non pertinent ad judicem, *nisi nominatim petantur. l. 2. C. de Fruct. & lit. expens. l. præterea. D. de R. V. l.* 40. *de Hered. pet. l.*25. §. *Item sciendum.* 8. *de Ædil. Ed. l.* 16. §. *id quod omnis. D. Famil. e cis. l.* 14 §. *ult. D. de Aqu. & aqu. pluv. l.*31. *de Reb. cred. l.* 2. *de Usur. l.*16. §. *interdum. de Pignor. & Hypoth.* Donell. 26. *Comm.* 4. Costal. *in d. l.* 25. Mornac. *in l.* 4. §. 2. *D. Si serv. vind.* Dein *th.* 18. ad ea, tacite insunt, atque sententiæ, non petita licet, inseruntur, refert

con-

condemnationem in æstimationem & in id quod interest. Postea *th.* 32. referuntur eodem *Expensæ sive sumptus litis, & damna varii generis.* Mirum, unde tanta sit a Jure Civili in Foro discrepantia: nam Curiæ non dubitant, ea, quæ ab actoribus omissa sunt, in sententia quoque præterire, nec ipsa Frisiorum Curia Suprema, quæ Juris Romani rationes exactissime servat. Adeo, ut si fructus impensæque non sint petitæ, licet ex natura causæ in condemnationem deduci debeant, tamen non adjudicentur, ut exemplis memini factum, etsi rarissime a Patronis in libellis omittantur. Quin ipse Mornacius, quem laudat D. Matthæus ad *d. l.* 4. *Si servit. vind.* idem velut ex Jure inculcat. *Nota autem*, inquit, *obiter*, petendum esse conceptis verbis id quod interest, quotiescunque contestatio fit apud Judices. Alias enim &, nisi petatur, nunquam suppletur sententia, culpaque hæc in patronum collata est aliquando ab ipsis Judicibus, *cum post latum judicium, quereretur Victor de non addictis ei detrimentis, quæ ex lite traxerat: Ita ut in causa appellationis ad beneficium Legis, per hanc C. de Temp. appell. decurrendum fuerit, impetrato in id rescripto. quo perscripta paucis detrimentorum serie, restitutio adversus eam omissionem data est, admissaque de novo petitio.* Dicimus, *Pour etre relevé de l'omission faite des dits dommages & interest, & receu à en faire nouvelle demande.* Hæc Mornacius. Textus oportet ipsos videamus nullus eorum docet, a judice quidquam adjudicandum esse, quod non sit petitum, sed ita legimus: quæ ante litem contestatam acciderunt, ad ejus officium non valde pertinere, nisi nominatim injuncta sint; hoc est, nisi formula Prætoris, quæ Judici pedaneo præscribebatur, comprehensa forent. Sed post litem contestatam tota causa in judicio vertitur, omniumque rerum judici officium incumbit, quæcunque in judicio versantur, ait Ulpianus *l.* 25. §. 8. *de Ædil. Ed.* Quod igitur Ulpianus in *l.* 17. §. *ult. de damn. inf.* scribit, judices omne damnum æstimare solere, *quodcunque ante judicium* contigit, eodem modo accipiendum est, *si nominatim ei injuncta sint.* Sed quod post litem contestatam accidit, non opus est *nominatim* injungi; sufficit generalibus verbis id in judicium esse deductum. *d. l.* 25. §. 8. Quod si plane mentio damni vel ejus quod interest, aut impensarum, nulla sit facta, nunquam legimus, opinor, judicem id in sententiam referre debere. De expensis equidem præcipitur, victum expensarum causa victori esse condemnandum. *l.* 79. *de Judic. l.* 13. §. 6. *C. de Judic.* Sed intelligenda videtur hæc conditio, *si postulatum erit*, ut in *l.* 4. §. 8. *de Damn. inf.* Qui non postulat impensas, habet quod imputet sibi, quando, cujus non meminit, id non consequitur. Sic omnia, quæ dicuntur esse Judicis officii opposite ad jus actionis, de quibus actum *ad tit. l. de off. Jud.* supponunt, in judicio fuisse petita. Nam fructus etiam, qui ante litem contestatam percepti sunt, veniunt in rei vindicationem *Officio Judicis*, quos tamen petendos esse nemo negat; dicuntur autem ex officio venire; quæ petenti actori possunt adjudicari, quanquam de illis nihil convenerit, ut pluribus in *Posit. & prælect. ad d. tit. l. de Off. Jud.* demonstratum est. Hoc certe etiam Costanus *ad l.* 25. concedit, Judicem non teneri adjudicare, quod non est petitum, etsi post litem Contestat. evenerit: Posse tamen illa, si velit, sententia complecti, existimat, cui non admodum refragari ausim, per *d. l.* 25. §. 8. *de Ædil. Ed. l.* 13. § 6. *de Jud. &c.* Cæterum, quando damna & id quod interest impensæque in condemnationem veniunt, vix aliter quam generalibus verbis adjudicari possunt, æstimatione sive taxatione, quam vocant, deinceps instituenda, sicut de eo quod interest antea diximus.

37. Quid si omissa sit condemnatio in fructus, an actio de fructibus integra est victori? Respondet D. A. Matthæus *th.* 17. Integra est, si quidem in rem actum fuerit, aut, cum ageretur in personam, nominatim fuerint petiti. *arg. l. si homo.* 8. *de Re Jud. l. & ex diverso.* 39. §. 1. *l. solum.* 49. §. 1. *de R. V. l.* 3. *C. de Con dict. ex lege. l.* 4. §. *post litem. D. Fin. regund.* Cujac. & Pac. *in parat. C. de fruct. & lit. exp.* Donell. & Duaren. *in d. l.* 8. *de Re Jud.* Quid si de expensis nihil sit dictum, an hæ post causam principalem terminatam, adhuc peti possunt? Non posse constitutum in *l.* 3. *C. de fruct. & lit. exp.* Sed in patronum forsitan, si per ejus negligentiam sit omissa clausula de impensis, actio dabitur, non in judicem, per ea, quæ Mornacius habet ad *d. l.* 4. §. 2. *si Serv. vind.* & Costalius in *d. l.* 25. Plura de impensis, vid. *ad d. tit. Inst.* & A. Matthæ. *d. disp. de Judic. th.* 32. & *seqq.* qui statuit, victum adeo victori in impensas condemnandum, ut tametsi Actor eas non petierit, imo & clausula libelli salutaris omissa fue-

fuerit, Judex tamen reum in impensas actori restituendas eandem ure debeat, sub hac poena, quod alioquin ipse ad eas praestandas tenatur. Sed neque textus supra citati, *l. 79. de Jud. l. 13. C. eod.* nec ratio, illius sententiae rigorem ferre videntur.

PRONUNTIATIO SENTENTIÆ.

XXXVIII. Dictum sententiae e Scripto praelegendum. XXXIX. Idque partibus utrimque praesentibus. XL. Quinam vocandi. XLI. Si defecerit is, quicum litis contestatio facta est, an opus sit reassumptione, & quatenus illa sit necessaria vel non.

38. (g) Dictum Sententiae compositum, emendatum, *atque in libellum secuta fideli ite collatum*, (aliter enim non valet, *l. 2. & 3. C. de Sent. ex peric. recit.*) pronunciari debet, vel potius praelegi partibus, idque ab ipsis judicibus; adeo ut si ipse judex propria voce non recitet sententiam, haec ipso jure sit nulla, *l. 1. C. d. tit.* ubi per arbitrum intelligi judicem, patet ex eo, quod de provocatione subjicitur, juncta *l. 1. C. de Arbitr.* Excipiuntur judices illustres, qui per officium suum & per ministros recitatione defungi possunt, *d. l. 2.* quod moribus hodiernis ad omnes judices productum est. Ex scripto autem aeque legenda est hodieque sententia, ne brevibus quidem, & vilium personarum causis exceptis, quas excepit Justinianus in *Auth. nisi breves. d. tit. C. ex Nov. 17. c. 3. & Nov. 83. in pr.* Scriptum illud vocatur periculum, Ciceroni & Cornelio Nepoti in eo sensu usurpatum, ut probat Cujacius 5. *obs.* 25. licet alii malint *breviculum*. Hotom. 3. *obs.* 20.

39. (h) Antequam Sententiae Dictum praelegatur, partes convenire debent, * quod sine praevia citatione fieri cum nequeat, citationem praecedere oportere dicendum, *l. 47. h. t.* adeo ut sententia parte altera absente lata, non valeat, nisi contumaciter abfuerit, quando legitimis citatus edictis sistere se noluit. *l. 7. C. quom. & quand. jud.* juncta *l. 53. §. 1. h. t.* Quin si partes accesserint, atque alter febre correptus e judicio discedere coactus sit, sententia pronunciari non potest, & si pronunciata sit, est ipso jure nulla sententia; modo febris ejusmodi sit, ut pro sontico morbo, id est a rebus agendis impediente, haberi queat. *l. 60. h. t.* Haec subtilitas cum ad veterem fori Romani disciplinam, qua Lege nonnisi inter praesentes agi poterat, pertineat, *hodie* nusquam servatur; sufficit, partes simpliciter ad audiendam sententiam citari, nec opus est pluribus in eam rem edictis; nec si quis litigantium e judicio discedere coactus sit, attenditur. In Camera Spirensi, (quae fuit olim, modo aeterna Illustrissimi Imperii injuria, insolentiaque Gallicae violentiae incredibili destructa) ne quidem ulla specialis in hunc finem citatio requiritur, una sufficiente generali in jus vocatione, sicut testis est Gailius *lib. 1. obs. 109. n. 3.*

40. (i) Citandi autem sunt domini litium, sive illi sint Procuratores per litem contestatam domini facti, *l. 23. C. de Procurat.* sive originales domini. *l. 1. C. de Sent. & interl.* Cum autem Procuratores publici, quos hodie habemus, nunquam ad sententiam audiendam vocentur, hoc etiam argumento est ejus, quod alias diximus, id genus Procuratores non fieri litium dominos. Sed mandatarii, qui rogatu amicorum lites pro illis suscipiunt, easque

(g) *Pos.* 8. (h) *Pos.* 9. & 10. (i) *Pos.* 11. & 12.

* Qua ratione sententiae apud nos publicari, † partesque ad publicationem earum citari debeant, de eo videri potest *Ord. Pr. Sax. Tit. 14. Svenk. ad Fibig. p. 797. seqq.* Stryk *Introd. ad Pr. for. c. 22.* Nicol. *Pr. P. 2. c. 63.* Lang. *Proc. c. 63. seqq. & Commentat. ad d. tit. 34.*

† Jure novissimo judex terminus, quo sententiam a JCtis latam accepit, rite annotabit, & intra octo dies brevem terminum, qui quatuordecim dies haud excedet, ad publicationem praefiget, quinque thalerorum mulcta imminente, si quidpiam in his peccatum fuerit; sententiam, nisi in causis concursuum, in isto termino, & quidem in comparentis partis praesentia resignabit, & hoc ita actum annotabit, nec a partibus impensarum nomine quidquam, praeter eas, quas sua pecunia in ipsam sententiam & transmissionem, remissionemque actorum fecit, & quarum enumerationem suae citationi inserere tenetur, exiget; quo facto, si sententia uni etiam parti fuerit publicata, utrique fatale decendii currere incipit. Si in termino publicationis, citationibus rite insinuatis, neutra pars compareat, terminus ille pro circumducto neutiquam est habendus, sed nihilominus sententia hora XII est resignanda, ad acta referenda, & in contumaciam pro publicata habenda, decendio ab eo tum momento ad interponenda remedia suspensiva aut devolutiva currente. Judex sententiam supprimere, aut ad alios JCtos transmittere, ne audeat, sub nullitatis & alia arbitrari a poena. *O. P. S. R. I. & E. Tit. 34. §. 5.* qui titulus integer huc conferri meretur.

easque per alios Procuratores judiciales & publicos administrant, ipsi videlicet, citantur: nisi morte sublati, aut aliter a lite remoti sint, tunc ipsi domini vocantur; dominis autem mortuis, hæredes eorum, quia in mortuum, non magis quam in absentem, ferri potest sententia. *l.* 59. *ult. h. t.* Usu fori fit readsumptio, quam vocant, sine qua non potest adversus successores procedi, quia mandatum procuratoris morte finitum est; si dominus ipse litem contestaretur, nulla readsumptione opus foret, uti nec est, si partes nihil amplius in judicio agendum habeant. Dix. *ad tit. de procurat.* vid. Gail. *d. obs.* 109. *n.* 5. *& seqq.*

SCHOLIUM.

Quæ Reassumptio etiam moribus judiciorum in Ord. Proc. Sax. tit. 17. *olim recepta, sed postea per mandatum speciale Serenissimi Electoris Saxoniæ*, de dato 16. Januarii 1655. *iterum abrogata fuit.* *

Ad exegesin & responsionem pertinent sequentia.

41. Ex ratione juris, nulla videtur opus esse readsumptione, quæ dicitur, quemadmodum & jure romano est incognita. Nam si dominus ipse litem suscepit, hæres ejus per se tenetur litis contestationem ab illo factam, utpote quasi-contractum, prosequi. Si Procurator Dominus litis contestatione factus defecerit, lis ad mandantem & principalem ultro recidit. Si vero mandans decesserit, Procurator, qui jure civili dominus litis est, manet talis; Sed quando Procurator non fit Dominus litis, ut publicos Procuratores hodiernos non fieri, probatum est *superius*, & *ad tit. de Procurat.* ex professo; tunc deficiente domino, readsumptio necessaria est; ad *qualificandum* Procuratorem, cujus mandatum morte fuit extinctum: etsi forte renovatio mandati sufficeret, qua causa Saxones, de quibus Thomasius, eam forsitan abrogarunt. Quod si moriatur mandans idemque Dominus litis, post conclusionem in causa, quando nihil amplius a partibus in judicio administrandum est, nulla fit readsumptio, quia Procurator non eget novæ qualitatis. Habet etiam hunc finem *Readsumptio*, ut Judici constet, quis in litem successerit, quo is ad audiendam sententiam citetur. Proinde cum Dominus litis moritur post conclusionem causæ, cum nulla fiat readsumptio, nec ita publice constet, quis sit hæres & successor in litem, non fit alia citatio, vel pronunciatio, quam in nomen veteris domini litis, etsi hæredibus insinuetur, qua de re paulo aliter Gailius *d. obs.* 107. *n.* 3. *&* 4. Qui etiam *num.* 6. totum readsumptionis institutum improbare videtur. *Melius*, inquit, *meo quidem judicio foret, magisque litigantibus expediret, si contra Procuratorem tanquam dominum litis & instantiæ, usque ad conclusionem procederetur, & in eum sententia conceptis verbis publicaretur; hoc enim de jure fieri posse notum est.* Quæ scilicet eo nituntur, quod non animadvertitur, hos non fieri dominos litium, nec in eos posse ferri sententiam, neque litis contestationem cum illis fieri, ut tradit ipse ex Recess. Imp. de *anno* 1600. vers. *Aber.* Incommodum quod ex Readsumptionibus in Camera Imperiali narrat idem esse natum, ut ad multos annos causæ ob defectum mandati procuratorii idcirco pendeant, non est inevitabile, nec apud nos habet locum. Dedit tamen ea quoque res occasionem Reformationi Saxonicæ, de qua modo Thomasius; ut & in nostra Curia, quod in casu readsumptionis mortuo domino eodem Procuratore non requiritur novum Mandatum, ut retulimus *ad tit. de Procurat. P.* 2. *pag.* 152.

Partibus in judicio præsentibus, Judex conscendebat tribunal, & sedens in eo, pronunciabat; Ita Christus Dominus *καθημένου ἐπὶ τοῦ βήματος τοῦ Πιλάτου*, sedente Pilato in tribunali condemnatus est, *Matth.* 27. 19. olim in foro, aut ubi *salva majestate Imperii* poterat, deinceps in Secretariis suis. *l.* 3. *§. pen. & ult. C. ubi Senat. vel Clarif. l. pen. de Just. & jur. l.* 6. *C. de Sentent. & interl.* Quod de sententiis cum plena causæ cognitione latis, non de summariis accipiendum esse, facile intelligitur, & constat ex §. 4. *Inst. Qui & ex quib. caus. manum.* Tempus, quo ferantur sententiæ, Legibus non est præscriptum: Pendet hoc igitur a cujusque arbitrio, & cujuslibet fori consuetudine: Fere autem ita servatur, ut mane feriarum solennis pronunciatio celebretur, Judicibus coram, per scribam primarium, neque tamen id semper, aut necessario: sæpe enim pars sententiarum minoris momenti, a scribis solis, antequam judices accedant, recitatur.

EFFECTUS

* Fuisse tamen Saxonibus causas plures, etiam post Rec. Imperii *de A.* 1654. §. 99. Mandatum Electorale *de A.* 1655. litem reassumendi, docet Ill. Menkenius *ad O. P.* 5. *diss.* VIII. *tit.* 13. §. 1.

EFFECTUS SENTENTIÆ.

XLII. Sententiam esse immutabilem. XLIII. Usus ejus rei in civilibus. XLIV. In criminalibus. VLV. Ne quidem propter instrumenta noviter reperta posse retractari sententiam. XLVI. An remedium restitutionis in integrum heic locum habeat. XLVII. Reo tamen facilius aliquid remedii restitutionis æquipollens indulgeri. XLVIII. Quibus modis sententia retractetur, & si ex falsis instrumenitis lata, utrum ipso jure nulla sit an opus sit restitutione. XLIX. Actio rei judicatæ. L. Ex sententia regulariter non dari novam actionem. LI. Quis faciat EXECUTIONEM. *LII. Quid juris, si damnatus in alieno sit territorio. LIII. Contra quos detur. & non detur executio. LIV. An & contra fidejussores judicatum solvi, sine novo judicio; quod adfirm. contra Herbajum. LV. Rationes ejus refelluntur. LVI. Modi executionis tam jure civili, quam moribus. LVII. Causæ quibus sistitur executio.*

42.(k) EFfectus sententiæ consideratur vel in se, vel ratione actionis & executionis. In se, quod ex ea nascitur vis rei judicatæ. quam *supra* diximus: & quod inrevocabilis atque incorrigibilis sit, *neque augeri litera una, neque minui possit*, ut Apulejus. Hactenus bene Pilatus, *ὃ γέγραφα, γέγραφα, quod scripsi, scripsi Job. 19. v. 22.* Prætor etsi jussa imperiaque sine causæ cognitione data repetere, & contrario imperio tollere possit in sententiis eam potestatem non habet. *l. 14. h. t.* Idemque de judicibus simpliciter adfirmatur. *l. 55. l. 62. eod. l. 2. C. de sent. ex peric. recit. l. 1. C. sent. resc non posse.* Nec quidem principali rescripto retractari sententia, nulla provocatione suspensa, potest, *l. 3. C. eod.* ubi, qui talia rescripta meruerunt, etiam limine judiciorum expelluntur. An huic dicto adversatur, quod est in *l. 45. §. 1. h. t. sententiam dictam, sine Principis auctoritate nihil est statuendum?* Respondetur, id ibi de pœnis criminum sententia inflictis adfirmari, in quarum mutatione cum nullius juri præjudicetur, nulla difficultas est. Expedit ob oculos habere, quas ob rationes sancita sit illa sententiarum immutabilitas. Prima, ne labefactetur auctoritas rerum judicatarum. Secunda, quia judex officium in illa causa functus est, seu bene seu male functus sit. *l. 55. h. t.* Tertio, ut judices intelligant, non esse procedendum ad sententiam, nisi adhibita omni sollicitudine, nec licere bis peccare. Quarto, quia per sententiam victori jus quæsitum est, quod nec per judicem, nec quidem per Principem adimi potest. *d. l. 3. C. Sent. non poss.*

43. Quando igitur damnatus non provocavit, aut supplicavit, id est Revisionem petiit, ut nunc loquimur, neque sententia contra leges, sed tantum contra jus partis est lata, sibi oportet imputet, quod acquieverit; executio procedit, nec admittitur ulla juris aut facti probatio in contrarium, vel demonstratio iniquitatis, cujus rei exempla non defuere, quod meminerim: Eaque res indigna videri non potest; quando non modo singulos homines, sed nec ingentia prudentissimorum sanctissimorumque hominum concilia, se ab erroribus undique liberos præstare posse, compertum est. Cæterum, hic rigor juris an impedit, quominus, si quid in sententia sit omissum, aut si quis error memoriæ, vel calami sit commissus, is suppleri & emendari possit, quemadmodum calculi errores in *l. 1. §. 1. Quæ sent. sin. app. resc.*? Exemplum ejusmodi referam. Titius petierat tres partes cujusdam prædii, nec reus negaverat illas esse petitoris, & quartam esse suam; de præstationibus erat controversia. In sententia tamen Titio pars quarta fundi per errorem adjudicata fuerat. Satis apparebat error: & tamen ita quoque fuit religio Curiæ mutare, vel emendare sententiam: Admisit eum ad novam pro tribus reliquis partibus instantiam, sine metu exceptionis rei judicatæ, quia non additum erat sententiæ; pro reliqua conclusione rejiciendam esse petitionem; ut solet, ubi consulto pars petitionis adjudicatur. Etenim si hoc fuisset adjectum, magis est, ut exceptio rei judicatæ obstitisset. *In causa Andries Martens contra Aske Jelles, d. 2. Martii 1642.*

44

(k) *Pos.* 14. & 15.

44. In criminalibus, quod *paulo superius* indicavimus discrimen, Quia nullum privatis inde præjudicium creatur, si judex παρόραμα vel ἁμάρτημα præcipitantiæ commiserit, ipsum quidem non posse mutare, sed Principem esse consulendum, ut is emendet sententiam. *d. l.* 45. §. 1. Neque ut est momentum rei, pudor judices malus impeditos habere debet, ne hac gratia Principem adeundum erroremque fatendum censeant: quod aliquando, ut sunt homines, potest obrepere dignitatis suæ tenacibus. Auctor est Michael Montanus in *Gustibus suis*, quem Lipsius Thaletis Gallici nuncupatione honoravit; in vicinia sua (degebat autem in Aquitania, non procul *Burdegala*, cujus civitatis aliquando *Prætor* fuit) accidisse, ut homines duo præsumptionibus & tormentis eo redigerentur, uti cædem a sese in quadam sylva commissam faterentur, ac ut latrones condemnarentur. Sententia lata, nondum executioni data, certiores facti sunt judices ex alia Curia vel collegio judicum, illic fuisse captos & convictos homines, qui eandem illam perpetrassent; ut de rei veritate dubitari non posset. Quid facerent judices damnationis properi? Mutarent sententiam? Non poterant. Referre ad Regem? Pudendum erat. Non fuit igitur alius exitus, ut ipsis videbatur, quam ut dissimularent informationes alterius Curiæ, additque Montanus hæc verba; *Les pauvres diables furent pendus*. Etiam hæc pro ratione; *comme des victimes formulaires de la Justice. Suspensi sunt miseri tanquam victimæ formulares judicii*. Parce victimis ac formulis; Non est tam malum fateri errorem, quam funestare. Sunt tamen Curiæ quibus merum Imperium ita commissum est, ut summæ potestates ejus decretis se non immisceant, quæque Principem hac parte repræsentant, qualis Provinciæ nostræ Curia esse videtur: Cui proinde jus mutandi in criminalibus, non æque in civilibus, ut antea dictum, competeret. Ante aliquot annos accidit, ut homo Amersfurtensis se ipsum cædis patratæ reum deferret, isque causa cognita capitis damnatus est. Post sententiam & mortem ei indictam, δεινὰ ποιησάμενος tam immanes querelas, tot nova facta protulit, ut major dominorum pars executionem differendam censeret; nec potuisset non sequi mutatio sententiæ, si aliter compertum fuisset. At re nihilo secus, quam pridem constiterat, deprehensa, ille quidem supplicium subiit: de Curiæ potestate in utramque partem dubitatum non fuit, quin Ordines, qui jus Principis habent, ejus cognitionem sibi non vindicassent.

45. (1) Ampliatur immutabilitas Sententiæ hac positione: quod ne ob instrumenta quidem noviter reperta mutatio fieri & impetrari queat: Major enim est utilitas publica, ne lites sopitæ resuscitentur, quam ne privatus aliquis damno adficiatur. Ita Gordianus; *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas instaurari, exemplo grave est* l. 4. *C. de Re Judic.* Excipiuntur quædam species; Nam I. Impp. Antoninus & Verus rescripserunt, quanquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, tamen in negotio publico ex causa permittere se hujusmodi instrumentis uti, *l.* 35 *h. t.* modo id fiat intra triennium. *l. un. C. de Sent. ad Fisc. retract.* Excipitur etiam Sententia quæ lata est jurejurando judiciali, *l.* 31. *de jurejur.* ratione alibi reddita. Brunnemannus *ad d. l.* 4. D. Wissenbach. *th.* 15. *h. t.* aliique, excipiunt alios casus duos. I. Si lata sit contra matrimonium sententia. *C. lator.* 7. *X. de re jud.* II. Si præcesserit res judicata, sine provocatione, contraria, *l.* 1. *C. Quando provoc. nec non est.* Sed hi casus male excipiuntur ab hac regula, quod sententia per falsa instrumenta retractari nequeat; cum sine ulla mentione novorum instrumentorum, tales sententiæ per se nullæ sint, ut textus loquuntur; quemadmodum, si error calculi in sententia commissus sit, *l.* 1. §. 1. *Quæ sent. sine app. rescind.* secus atque si in Actis judicii error calculi detectus fuerit. *l.* 2. *C. de re Judic.*

46. Sed an restitutio in integrum ex hac causa non dabitur? Certe dabitur, si ob metum, ob dolum, ob ætatis lubricum, vel propter absentiam Reipubl. causa non fuerint in judicio exhibita instrumenta: cum hæ semper sint causæ justæ restitutionis in integrum. Quid de sexta generali causa, per clausulam Edicti Prætoris, *si qua mihi alia justa causa videbitur*? Etiam vero hæc sufficiet: si modo diversa sit ab ipsa inventione novorum instrumentorum. Numquid igitur reus condemnatus non potest in integrum restitui, propterea, quod nova instrumenta, quibus probet se non debere, invenerit? Non videtur, nisi vel metu prohibitus sit ea proferre, vel dolo adversarii instrumenta sint intercepta, vel minor fue-

(1) *Pos.* 16.

fuerit, aut, inquam, Reip. causa absuerit. Cum enim lex neget novorum ob inventionem instrumentorum posse retractari sententiam, Prætor qui minister legis est, eam non potest introducere in Edicto suo, nec enim ullo modo propter instrumenta nova res judicata resuscitari potest. *l.* 27. *in fin. de Except. rei jud.* Atque ita recte Fachin. *l.* 1. *c.* 51. Tulden. *ad tit. C. de Re jud. n.* 3. qui tamen aliter vulgo sentire tradit Doctores, quin nec justæ prætextus ignorantiæ admittunt Fachinæus aliique accuratiores, quos vocat Brunnemannus ad *d. l.* 4. qui tamen in Foro secus esse receptum testatur. Ignorantiam & impotentiam inveniendi per se non sufficere ad restitutionem, dicendum est; alioqui per hanc exceptionem positio juris tota ferme elideretur, quia vix aliter quam per ignorantiam instrumenta solent omitti; verum si causa gravis & positiva sit, per quam scire non potuit is, qui restitutionem petit, an & ubi instrumenta extarent, non video cur ab hac re magis quam ab aliis omnibus, clausula generalis Edicti Prætoris alienari deberet.

47. Quia tamen prædurum est, sententiam, contra quam deinde clare liquet, executione prosequi, Tribunalia in eam partem inclinant, ut vel restitutionem concedant; vel condictione aliquo repeti permittant, quod vi sententiæ solvere coactus, ex instrumento postea reperto docere potest se non debere. Idque maxime in favorem rei: nam actor merito sibi imputet, quod non paratus actionem instituerit. Sed qui solverat, si conventus iterum condemnatus sit, reperta deinceps apocha, eum repetere posse quod solverat, non condictione indebiti, (quia quod solutum est debitum fuit e sententia) sed condictione sine causa, judicavit Curia Parisiensis *arg. l.* 2. *de Condict. sin. caus.* ubi Costalius. Et est credibile, Curias libenter aliquid admissuras, quo reus id, quod eo modo per sententiam solvit, repetere possit, ut non solvere cogatur. *Exempl.* Fridericus a Botnia condemnatus erat Cornelio Vermees, ad solvendas meliorationes prædii, quod hic emerat ab illo, quæ colono tempore venditionis debebantur. Post latam sententiam Botnia reperit instrumentum, in quo scriptæ erant conditiones & leges prædii venditi, quas inter & hæc, ut emptor Colono pro meliorationibus satisfaceret. In lite jam protestatus erat; si deinde conditiones repertæ aliud indicarent. Inventa sunt post sententiam. Opposuit sese executioni, & oppositio est admissa, *d.* 10. *Febr.* 1640. non vi protestationis, ut opinor: nam protestatio nihil novi juris addit: Sed eo, quod pecunia sine causa apud emptorem esset futura, sicut in *d. l.* 2. *de Condict. sine causa.*

48. (m) Cæterum, revocatur tamen sententia, I. per remedium restitutionis in integrum, ratione ætatis, *tit. C. Si advers. rem Jud.* II. Per appellationem, *lib.* 49. & querelam nullitatis, *l.* 4. §. 6. *h.* de qua ad *tit. de Appell. & ad tit. quæ sent. sine appell. resc. posit. ult.* agemus.

SCHOLIUM.

Dicit, revocatur: *non rescinditur. Nam rescissio spectat saltem ad restitutionem & appellationem, aliosque modo infra in* tit. de appell. *recensitos, non vero ad querelam nullitatis*, per posit. 1. infra de appell. *nisi voce rescissionis velis improprie uti cum rubrica.* Quæ sent. sine appell. rescind.

Atque eo pertinet, si prius contra judicatum sit absque provocatione, *l.* 1. *quand. provoc. nec. non est.* item, si ex falsis instrumentis lata sit sententia, *l.* 1. 2. *&* 1. *t. C. si ex fals. instr. l.* 33. *in f. h.* quanquam textus de rescindendo & restituendo loquuntur. Wissenbach. *ad h. t. th.* 5.

SCHOLIUM.

Scilicet, ad querelam nullitatis hæc pertinent. Verum hoc casu potius placet, sententiam esse rescindendam per restitutionem in integrum, l. 33. ff. h. t. adde Brunnem. Proc. c. 27. n. 77. *qui tamen cum Auctore sentit*, ad l. 2. C. si ex fals. instrum.

RESPONSIO.

Non est a me decisa, sed in medio relicta quæstio de Sententia ex falsis instrumentis aut testimoniis lata, quam non habere effectum rei judicatæ, si victus se opponat, satis constat; utrum vero sit ipso jure nulla, an per restitutionem rescindenda sit, ambigitur.

N. ADDIT.

Ergo bene est. Nam Auctor mecum sentit. Quod vero putaverim dissentire, in causa sunt verba Auctoris præcedentia: atque eo pertinet, (*præcesserat vero immediate de appellatione & querela nullitatis*) *item*: quanquam textus *&c. quibus alias, sententiam dissentientium nostræ non obstare, solemus indicare.*

Usu quæstionis maxime est in præscriptione

(m) *Pos.* 17. *&* 18.

ne temporis, quæ, si querela nullitatis sufficiat, est tantum longissimi temporis; si restitutione sit opus, est quadriennii. Auctores utriusque sententiæ recenset Wissenbachius *h. th.* 5. qui sequitur nullitatem; Addit autem, *hodie* non nisi per appellationem procedere rescissionem: quod minime verum est: tunc enim decem diebus huic querelæ præscriberetur, intra quos appellandum. Atqui restitutiones in integrum a sententiis, post fatalia appellationis adhuc superesse, minime, quod unquam in Foro cognoverim, dubitatur. Cæterum, Restitutionem in integrum hoc casu esse dandam πραγματικῶς, & diserte constituisse Hadrianum, refert Callistratus in *l.* 33. *h. t.* Nec video textus nullitatem statuentes, etsi plures educat Perezius ad *d. tit. C. si ex fals. instr. n.* 5. In *L.* 1. habetur, post sententiam de falso superesse quæstionem. In *l.* 2. causam ex integro audiri, quod fit etiam in casu restitutionis, quia res in eum statum, unde cœpit, redintegratur. In *l.* 3. res judicata devocatur in irritum. In *l.* 4. executio suspenditur, & soluta condicuntur. Quæ omnia restitutioni non minus, quam nullitati conveniunt. Adeoque standum videtur eo quod est in *d. l.* 33. quæ dat in integrum restitutionem.

49. (n) Sequitur effectus rei judicatæ ratione Actionis, & Executionis. Actio in condemnatum victori datur rei judicatæ, quæ semper est civilis, & semper rei persecutoria, perpetua, & in hæredem transitoria, licet actio prima contrarias habuerit qualitates, *l.* 6. §. 1. & 3. quod fit vi novationis, quæ per litis contestationem quasi contractu perpetratur, *l.* 11. §. 1. *de Novat. & l.* 3. §. 11. *de Pecul.* unde nec datur, nisi inter eos, qui litem inter se contestati sunt. Res enim inter alios judicata, neque aliis nocet, neque prodest, *l.* 63. *h. t.* que de re est *tit. in Cod. Quib. res judic. non nocent.* ubi Perez. cui adde Wissenbachium *h. t. th.* 16. Effectum hujus regulæ nos habebimus ad *tit. de Except. rei judic.* Cæterum, quod diximus, Actionem rei judicatæ habere novas qualitates, sæpe diversas ab actione primigenia, non impedit, quominus si aliud in sententia sit ambigui, id ex proprietate primitivæ actionis sit explicandum. Exemplo id illustrabimus. Creditor habens pignori annulum, conventus ad eum restituendum post solutionem factam, condemnatus erat ad annulum restituendum, aut alioquin ejus æstimationem. Debitor actionem rei judicatæ, simpliciter ad restitutionem annuli adhuc extantis apud creditorem instituerat; creditor victus offerebat æstimationem, eo quod optio sibi in sententia data esset; Debitor replicabat, alternativam æstimationis intelligendam, si annulus non extaret, ac ita judex inferior, qui tulerat sententiam, judicavit, non per modum declarationis, sed nova super actione rei judicatæ sententia. Re ad Curiam per appellationem delata, non deerant, quibus videbatur, reo alternative condemnato, electionem adimi non posse; Prævaluit tamen hæc ratio; quod actio primæva sine dubio ad annulum ipsum dabatur, aut, eo non extante, ad æstimationem, idque judicem intellexisse videri, per verbum, *alioqui.* Ac ita judicatum est, in caussa *Tjardi van der Leli Appellantis*, contra *R. S. ante ferias Pentecost.* 1681.

(o) In ipsum dominum, non in procuratorem datur actio, nisi in rem suam sit, vel obtuletit se. *l.* 4. *pr.* Pluribus una sententia damnatis, in singulos pro partibus hæc actio datur, *l.* 1. *& l.* 2. *C. si plur. un. sent.* nisi aliud expressum, vel res individua sit, *l.* 4. §. 1. *&* 2. *de V. O.* vel ut universi sint condemnati, velut municipes, in *l.* 4. §. 2. *h.* Perez. *ad tit. C. Si plur. una sent.*

50. (p) Quid autem, an post sententiam nova opus est actione, novoque judicio? (†) non opinor, si liquidum sit judicatum, per *l.* 15. *h. t.* ubi sententia immediate executioni datur, implorato magistratus officio; sed actio instituitur, ubi res incerta & illiquida est, *arg. l.* 9. *de jurejur.* ac ita fert usus. Dissent. Thomasius.

SCHOLIUM.

(†) *Ita videtur per ea, quæ Strauch. XXXIX.* 5. *& Dn. Schilter. Ex.* 46. §. 2. *seq. ubi simul ostendit convenientias & disconvenientias actionis judicati & processus nostri executivi.*

Responderur in sequentibus.

Res aliena videtur a disciplina juris Romani; quando res est judicata, tunc ut Victor ejus effectum consequatur, opus esse nova in jus vocatione, actionis editione, judicis datione, caussæ cognitione, denique sententia. Quin si Prætor in re judicata noluit obligationes ex obligationibus fieri, *l.* 4. §. 3. *h. t.* quanto minus lites ex litibus feri voluerit? Quid autem ex hac nova sententia; Numquid rur-

(n) *Pos.* 19. (o) *Pos.* 21. *&* 20. *Pos.* 22.

rursus actio rei judicatæ dabitur? Sic opus est, si ex sententia datur actio nova novumque judicium, ut Thomasius laudatique ab eo volunt Auctores, & communiter loquuntur. Ego in legibus, post Sententiam reperio in continenti executionem fieri, tam in *d. l.* 15. *h.* quam in toto *tit. C. de Execut. rei jud.* perinde in hodiernis fit judiciis, nec aliter res facultatem usus habere videtur. Quid igitur sibi vult Actio rei judicatæ toties ingeminata? Vel imploratio judicis officii ad executionem faciendam sic appellatur, vel actio proprie instituitur, quod & hodie fit, quando res est incerta, variis modis; Primo quando dubitatur an judicatum sit. *arg. l.* 9. *in pr. de Turejur.* II. Quando quis negat sententiam contra se esse latam vel ad se pertinere, cujus rei exceptio late patet, ut ex *d. tit. C. Quib. res Jud. non noc.* intelligitur, atque a nobis dicetur ad *tit. de Except. rei jud.* III. Quando sententia non continet rem certam, sed incertam quantitatem; veluti, cum in fructus perceptos, in usuras, in id quod interest, aut alternative condemnatus est. Tunc etiam manifestum est, non posse victorem ex continenti procedere ad executionem, nisi incertitudo ad certam præstationem relata sit. His casibus in nostris Foris Victor implorat, Judicis officium, qua is condemnatum moneat, vulgo *summationem* vocant, ut sententiæ satisfaciat; Quod si inter partes sine lite res componi nequeat, oritur inde actio, novusque litis processus, quod merito Rei judicatæ judicium dixeris. IV. Locus est actioni judicioque rei judicatæ, si victus longis frustrationibus executionem remoratus fuerit, ut res interim non extet amplius, ideoque ad æstimationem agendum sit. *l.* 7. *C. de. Execut. rei jud.* Cum his similibusque casibus fieri possit, ut super re judicata novum moveatur judicium, non est necesse ad usum actionis rei judicatæ demonstrandum, ut ex omni sententia detur actio nova, novumque judicium; quo nihil inutilius negotiique naturæ adversum magis videtur. A. Matth. *disp.* 12. *n.* 6.

N. ADDIT.

Nusquam mens mea fuit asserere, quod in omni sententia opus sit actione rei judicatæ, sed quod saltem illa distinctio inter judicatum liquidum & illiquidum, cui scholium meum fuit adjectum, casum ubi locum habeat actio, non determinet, cum etiamsi sententia sit liquida, i.e. contineat rem certam & quantitatem certam, tamen actio judicati dari soleat, si v. g. res, in quibus executio fieri debet, sint sitæ sub alio judice. Postquam vero Actor hic in prælectionibus mentem suam declaravit, quod terminum illiquidæ sententiæ sumat in sensu plane laxiore, quatuor genera sub se complectente, nulla amplius inter nos lis est.

51. (q) Transeamus ad EXECUTIONEM, & consideremus. I. a quo fieri possit. II. Contra quem. III. Quomodo. IV. Quemadmodum sistatur & impediatur. Quod ad primum attinet, Executio fieri debet ab eo, qui tulit sententiam, modo imperium mixtum habeat, sive datus sit a Principe, sive ordinaria jurisdictione præditus, *l. un. C. Qui pro sua jurisd.* non judex pedaneus, sive datus a Magistratu; Nam hujus sententiam exequitur, qui dedit judicem, *l.* 15. *in pr. h. t.* quod etiam de arbitris, & omnibus, qui notionem habent sine Imperio, adfirmandum. *d. pr. l.* 15. juncta *l.* 5. *eod.* Quid judex Mandatarius? Hunc etiam exequi non posse volunt; Strauch. *dissert. Justin.* 28. *n.* 1. Sed cum mandata jurisdictione transeat etiam Imperium, quod non est merum, ad quod Executio pertinet, *l. ult. §.* 1. *de Off. ej. cui mand. est. jurisd.* non video, quare durante mandato, judex mandatarius sententiam a se dictam exequi non possit. Appellatione interposita quid juris sit, *deinde* videbimus. Sæpe tamen & extra casum appellationis, executionem sententiæ ab inferiore judice latæ petitam & concessam a Suprema Curia vidimus, ob duas potissimum causas; cum quod condemnati in diversis habitabant jurisdictionibus, tum propter eorum potentiam; quibus causis fieret, ut victores difficilius effectu rei potirentur; Alioqui non videtur esse judicum superiorum, absque appellatione, sese inferiorum officiis ingerere. *arg. d. l. un. C. Qui pro sua jurisd.*

52. Quod si condemnatus alibi degat, aut res, in quam facienda est executio, in alieno territorio sita sit, judex ejus loci requisitus, non recusat executionem, nec si in eodem imperio sit, recusare potest, quin a superiore ad hoc justitiæ ministerium compellatur; quomodo memini Supremam Frisiæ Curiam, aliquando compulisse Magistratus cujusdam Civitatis, qui recusabant exequi sententiam contra quendam Civium suorum latam a judicibus Academiæ nostræ, quibus idem jus, quod

(q) *Pos.* 24.

quod aliis Tribunalibus deferunt, non deberi autumabant. Quod si judex requisitus sub eodem summo Imperio non agat, in ipsius arbitrio est, exequi velit sententiam, an secus. Non solent tamen negare, debita humanitate requisiti; quin juri Gentium, si negarent, adversari viderentur: sub hac tamen exceptione, nisi jurisdictioni suæ præjudicium inde creetur. Hac ratione diximus alias, si quis judex civem alterius judicis condemnaverit, eo quod is se jurisdictioni ipsius submiserat, cùm tamen non esset in ejusdem territorio citatus, non teneri talis condemnati Magistratum sententiam executioni mandare, quia jurisdictio fundata non fuit. Idem est, si lata fuerit sententia per speciem collusionis, ad eludendam jurisdictionem proprii judicis, cujusmodi exemplum usum venit in nostra Curia, quod & alibi indigitatum est. Ordines Transisulaniæ petierat ab Ordinibus Frisiæ per literas *d.* 3. *Aprilis* 1675. scriptas, ut vim rei judicatæ tribuere vellent sententiæ, quam Prætor Haxbergensis tulerat pro quodam Tincone Svvartio, qui cædis in Frisiæ confiniis patratæ accusatus, in vicinam Transisulaniam aufugerat, seque apud Haxbergenses in vincula dederat, a quibus ex sententia Jurisconsultorum, non tamen sine magna rationis specie, fuerat absolutus. Ordines Frisiæ rem ad Curiam detulerunt, ubi Procuratore Generali audito, visum est, nimis periculosum jurisdictioni Frisiæ, si homicidæ fugientes e finibus nostris, ad exteros se recipere, ibique absoluti statim huc redire ac impunitate frui possent. Quando autem exterus judex requisitus executionem suscipit; si tum fiat oppositio spectans ad merita causæ & argumenta nullitatis, ea per judicem primum, secundum jus, quod ibi valet, decidi debent; quæ vero ad modum executionis pertinet, a judice requisito, & pro jure loci illius decidenda sunt, ut docet Sandius *lib.* 1. *tit.* 12. *def.* 5. ubi exempla videantur.

53. Fuit articulus primus; sequitur, contra quos sententia detur executioni. Dic, contra litis Dominum, *l.* 1. *C. de Sent. & interloc.* non contra Procuratorem, *l.* 22. *& seqq. C. de Procurat.* nisi datus sit in rem suam, vel se obtulerit ipsum, *l.* 4. *in pr. h. t.* qualis etiam defensor, qui pro alio intervenit, ut res, & *arg. d. l.* 4. ac usus volunt, etsi aliter Strauchius *dissert. Justin.* 28. *n.* 2. Tutore vel Curatore condemnato, in pupillum & minorem danda executio, *l.* 4. §. 1. *h.* nisi proprio nomine scilicet obligati, conventi damnatique fuerint; aut etiam nisi se liti obtulerint; hoc est, nisi cum pupillis auctores ad judicium suscipiendum fieri possent, ipsi judicium suscipere maluerint, ait D. Strauchius *d. disp.* 28. *n.* 2. idque probat ex *l.* 2. *in pr. de Administr. Tut.* ubi sic habetur: *Si Tutor condemnavit, id est, vicit, aut condemnatus est, pupillo & in pupillum potius actio judicati datur, & maxime, si non se liti obtulit, sed cum non posset propter absentiam pupilli, vel infantiam auctor ei esse ad accipiendum judicium.* Quid hoc autem? Toties ne Tutor executioni subjectus erit, quoties pupillum non adhibuit liti, sique dumtaxat ut actoris meminerit? Atqui hoc plerumque fit his diebus, & fere semper in usu nostro, ut probavimus *ad tit. D. de Auctor. Tut. n.* 2. nec tamen ideo quisquam Tutorem in sua qualitate condemnatum executioni dicit obnoxium. Dic igitur, particulam *maxime* non facere positionem contrariam ei, quod antea dixerat Ulpianus; sed evidentius esse quod dixerat, si non potuerit aliter, quam occupare pro pupillo. Nam regula est hæc; Tutor vel Curator in ea conditione sunt, ut non videantur se liti obtulisse, *l.* 4. §. 1. *h. t.* quemadmodum de Procuratore dictum *in pr.* Sicut autem Procurator suum nomen præfert & sententia in eum fertur, ut tamen executione non gravetur, ita ratio Ulpiani non patitur, ut Tutor eo, quod suum nomen prætulit, nec ut accessorium pupillo adjecit: executione urgeatur. Nec dubium, quin ita servetur in Foro; velim etiam ex sententia Juris Romani.

Porro etiam contra hæredes actio rei judicatæ datur, *l.* 6. §. *ult.* etiam mediate tales, etsi mentio hæredum in sententia nulla sit facta: Quæ est vis quasi-contractus, quem in Judicio fieri, docet *l.* 3. §. 11. *de Pecul.* Atqui sententia, quatenus a Judice proficiscitur, nihil habet simile contractui; Litis Contestatio est id, quod dicitur *quasi-contractus*; Nam intentio actoris & rei contradictio, reciprocantur & habent instar contractus, novationemque faciunt. *l.* 11. *de Novat.* Unde Pater ex quibus factis filiifam. non obligatur, de peculio actione tamen rei judicatæ tenetur, *d. l.* 3. §. 11. *l.* 35. *de Noxal. act.* non vi sententiæ, sed litis contestatæ; etsi hæc demum per sententiam effectum sortiatur: eaque est judicati obligatio, quæ dicitur in *d. l.* 3. §. 11.

54. Contra fidejussorem judicati exequendi causa

causa sententiam absque novo *processu* executioni dari posse, communis est sententia Bartoli, Baldi & omnium Doctorum ac Interpp., quos enumerat Sandius *lib.* 3. *tit.* 10. *def.* 3. a qua recessit noster Herbajus tersissime Vir doctrinae, *tract. rer. quotid. cap.* 4. non *sine ratione*, si credimus Sandio *d. def.* 3. de qua tamen dubito, sitne tam praegnans, ut ob eam a communissima doctrina recedendum fuerit. Bene est, quod auctoritatibus sibi non praejudicari patitur Herbajus, sed legem rationemque sequitur. Fundus sententiae communis est lex *ult.* §. 1. *C. de Usur. rei jud.* Quo loco narrat Justinianus, veteres dedisse condemnatis quidem inducias duorum mensium ab executione, fidejussoribus nullas; *Reis quidem*, inquit, *condemnatis laxamentum duorum mensium praestabat, fidejussores autem eodem uti beneficio non concedebat*. Quod reis laxamentum dabatur, id ipsum fidejussoribus negatum fuisse palam est: Reorum autem laxamentum erat ab executione sententiae principalis; Fidejussores egebant eodem beneficio. Ergo etiam executioni erant subjecti, aeque ac principales. Sic etiam jure novo; *Sancimus, quadrimestres inducias* ab executipne, *quas dedimus condemnatis, etiam ad fidejussores eorum & mandatores extendi*. Etiam heic idem utriusque beneficium datur; aut igitur utrique eidem executionis oneri subjecti sunt, aut Caesar stylo suo valde abusus est. Verba, *statim exigere*, de quibus argutatur Herbajus, e prioribus lucem accipiunt, sicut & *Lex* 1. *D. Judic. solvi.* quae docet, *in stipulatione judicatum solvi, diem statim cedere, sed exactionem in tempus rei principali indultum differri.* scilicet eandem exactionem, quae fit a reo principali, quae diversa non est ab executione. Et ratio suffragatur: Hoc enim actum est inter partes, ut certus esset victor, se judicato vi sententiae potiturum, non quod denuo litigandum esset. Ex Herbaji vero sententia, inter fidejussorem contractus & judicati solvendi nulla foret differentia; quod rationi repugnat.

55. Quid vero, inquit, *si neget factum*, se omnino fidejussisse, aut non scientem fecisse dicat? Si primo reus sit absolutus, deinde nova instantia novoque actionis genere condemnatus, fidejussor inauditus exactione urgebitur; Ita Herbajus & Sandius excipiunt. Ego vero Bartolum & Baldum nunquam adeo juris imprudentes fuisse credo, ut hoc voluerint, fidejussores in talibus non esse audiendos. Habeat heic locum, quod Ulpianus docet in *l.* 9. *pr. de Jurejur.* Postquam *juratum est*, *denegatur actio*; *at, si controversia erit, id est, si ambigitur an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est*. Ita hic quoque; Non est locus novo judicio; at si ambigatur, fidejussio omnino, vel an pro hoc judicato praestita sit, non quidem fit nova in jus vocatio, novaque instantia: sed fidejussor judicatum solvi, ab executore monebitur de sententia lata. Si dicat, ego non fidejussi, non saltem pro hac instantia, similiaque, recessum est iterum ab obligatione, & audietur in oppositione sua; sicut ipse reus auditur, si quam habeat notabilem oppositionis causam. In hoc vero differt a fidejussore pro contractu. Hic si post rei principalis condemnationem probare velit, causam rei male defensam, esse neglectam, is adhuc audietur, ideoque nova opus est citatione, novoque judicio. De fidejussore judicatum solvi, id abnuit ipse Faber *ad tit. C. de Fidejuss. def.* 8. ad quem ut ὁμόψηφον provocat Herbajus; quia sane Faber etiam tradit, contra fidejussorem judicati solvendi nova opus esse lite, non ut de jure victoris cognito jam iterum cognoscatur, sed ne incipiatur ab executione; addita ratione, quia potest fieri ut fidejussor aliquam habeat exceptionem. Atqui de tali exceptione concedimus eum audiri posse, sed per modum oppositionis contra executionem, non per novam instantiam, ut illi volunt. Faber autem nec probat quidquam, nec quidem ita probat esse visum Senatui Sabaudorum, ut Herbajus quidem scribit; ille obiter rem narrat.

Denique ita argumentatur Herbajus; Fidejussor non est condemnatus, nec ulla ejus in lite vel in sententia mentio facta est; Ergo nec adversus eum executio fieri potest. Respondeo: Qui promisit se judicatum soluturum, subjecit se voluntariae condemnationi, quam sine novo judicio sequi executionem, antea dictum, & usu probatum est. Alterum Herbaji argumentum: Si fidejussor absque novo judicio ad solvendum compelli potest, Ergo & hic ad reum principalem redire potest sine novo judicio, non secus ac si & is fidejussori condemnatus esset; Quod quam sit alienum a juris ratione, nemo non videt, inquit. Ego me id fateor non videre; Quid enim; reus est condemnatus, victori solvere debet, executione cogendus; Fidejussor judicati solvendi pro illo solvere coactus est, ut promiserat. Hoc-

Hoccene iniquum aut a jure alienum, ut reus fidejussori absque novo judicio restituat, quod victori, cui fidejussor solvit, solvere condemnatus erat? Imo hoc a Justiniano in *d. l. ult.* §. 1. supponi, recte, nisi fallor, a Bartolo, Cyno, Castrensi, aliisque, ut Herbajus ipse refert, adfirmatum est.

56. (r) Sequitur modus executionis, quo tempus etiam, & res, in quas fit executio, referuntur. Tempus judicati faciendi hodie est quatuor mensium, liberum ab usuris, quæ post ejus lapsum debentur centesimæ, *l. 2. & l. ult. C. de usur. rei jud.* in pecuniariis judiciis, in realibus & restitutoriis, statim facienda restitutio. §. 2. *I. de Off. jud. l. 68. de R. V.* A. Matth. *d. disp.* 12. *th.* 2. Moribus hodiernis nusquam illud spatium temporis observatur, verum a decennio elapso incipit executio. † Sed cum non minus molestum sit hodie, in continenti condemnatos adigere ad præstationem, ac olim fuerit, in multis foris executiones crebris dilationibus eluduntur; ut optandum foret, illis penitus extinctis, jus Romanum hac parte redintegrari. Sed videamus modos juris civilis; Hi sunt, manus militaris, pignorum capio, missio in possessionem bonorum, & carcer. Manus militaris adhibetur, quando quis rem certam sive corpus restituere jussus, non paret judici, cum posset, *l. 68. de R. V.* qua de re egimus ad *d. tit. n.* 13. *pag.* 267. *part. præced.* quanquam & reliqui executionis modi, sæpe sine manu militari non possunt administrari, ut de missione in possessionem videmus in *l. 3. D. Ne vis fiat ei qui in possess. miss. l. 5. §. 27. Ut in possess. Legat.* Etiam in capiendis pignoribus sæpe manu armata opus esse contra invitos, satis ipsa res loquitur; quo pertinet, quod Cæsar apud *Sueton.* dicitur Vettium captis pignoribus & direpta suppellectile male mulctasse, *in ejus vita*. Quod item Cicero in Philippica prima queritur, Antonium esse minatum, se cum fabris domum illius esse venturum, pignora capiendi prætextu. Sed de missione in possessionem, sequitur Rubrica propria.

Pignorum Capio est præcipuus exequendi modus, habens locum in condemnationibus pecuniariis, seu certæ sive incertæ quantitatis, his ad certitudinem postea redactis. Solutione non sequente, fit pignorum capio & distractio, *l. ult. C. de Execut. rei jud.* & late in *l. 15. h. t.* ubi & ordo res capiendi distrahendique. Initium fit a mobilibus ac animalibus, dein fit progressus ad immobilia, postremo ad jura & nomina. *l. 15. §. 2. & seqq. h. t. & l. 5. C. de Execut. rei jud.* Capta pignora post duos menses distrahuntur sub hasta, præsenti pecunia. *l. 15. §. 2. & 7. h.* Si pignora non inveniant emptorem, addicuntur creditori & volens mittitur in possessionem, ut etsi debitum pluris sit, plus tamen deinceps petere non possit, *d. l.* 15. §. 3. ut verba ibi diserte ferunt, etsi aliter D. A. Matthæus, & quos ille sequitur *disp.* 13. *th.* 24. *& th. seqq.* Idcirco missio in possessionem rarior est; plerumque res venduntur cuilibet plus liciranti, etiam victori. *l. 2. & 3. C. Si in caus. judic. pign.* Eximuntur mobilium capioni, boves aratorii, & reliqua instrumenta agriculturæ, *l. 7. & seq. C. Quæ res pign. obl. non poss.* Stipendia militum, præmia athletarum, quæ non nisi cunctis deficientibus capiuntur, *l. 4. C. de Execut. rei jud.* quod Dd. ad præmia librosque Clericorum, scholarium & Advocatorum, instrumenta artificum, & supellectilem necessariam extendunt. Arma militum, vestesque necessariæ, magis est ut plane capi non possint. A. Matth. *d. Disp.* 13. *n.* 17. 18. *&* 19.

(s) Postremo non est alienus quoque a jure civili modus exequendi per carcerem. *l. 1. & l. ult. C. Qui bon. ced. l. 34. h. t. & l. 9. §. ult. ad L. Jul. pecul.* Moribus tamen hodiernis frequentior, *posit.* 27. *h.* ubi Thomasius. Adde Schilter. *Ex.* 46. *th.* 6. Ord. Proc. Sax. *tit. ult.*

Hic autem modus, ut & Pignorum capio, vel multæ dictio, locum habebit, quando quis ad factum aliquod condemnatur, veluti ad Tutelam administrandam, rationes reddendas, omniaque facta, quibus aliquis obstrictus est perficiendis. *d. l. 9. §. ult. §. pen. Inst. de Satisd. Tut.* Pœnæ corporales in pecuniariis condemnationibus non habent juris auctoritatem; quippe inanis est actio, quam excludit inopia debitoris. *l. 6. D. dol. mal. l. ult. de in jus voc. l. 1. §. ult. de Pæn.* Sed ut textus illi docent, tantum habent locum in delictis, ut *l. 9. de Incend. ruin. naufr. l. 7. §. 3. de Jurisd.*

(t) Hæc ita secundum regulas juris civilis; Mo-

(r) *Pos.* 23. 25. 26. 28. *&* 29. (s) *Pos.* 27. (t) *Pos.* 30.

† Postquam sententia in rem judicatam abiit, petente adversario, intra 14. dies executoriales aut requisitoriales sub 5. thalerorum mulcta sunt expediendæ, a judice etiam requisito præcepti executivi insinuatio, intra idem spatium, sub eadem pœna, facienda. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 39. §. 1.

Moribus hodiernis equidem manus militaris, si victus parere nolit, in adducendis auferendisque rebus adjudicatis, † vel reo ad solutionem cogendo, †† cum sit æque necessaria, non minus ac in jure Rom. frequentatur: Sed primo post lapsum decem dierum, de quo superius, fit admonitio per executorem, qui fere est Apparitor, mandato Curiæ per victorem impetrato ad executionem cujusque sententiæ instructus. Cujusmodi prævia denunciatio tam necessaria judicatur, ut ejus omissio vitiosam reddat executionem. Ranchin. 3. *var. Lect.* 14. & Papin. *tit. des execution. art.* 23. præcipiturque Statutis Frisiæ *l.* 3. *tit.* 29. *art.* 1. ubi Sandius MS. Quin adhuc duplex fieri debet exactio, nostris quidem legibus. Et tum si non fiat solutio, proceditur ad pignorum capionem ac venditionem, sic tamen, ut victo detur facultas assignandi res, quæ capiantur & vendantur, quod etiam apud Saxones receptum esse, notat Thomasius in *schol. ad posit.* 29. *h. t.* Jure civili ut idem proditum non sit, ab eo minime tamen abhorret. Quid enim opus officio judicis & executoris in delectu pignorum, si quis rem ipsemet offerat? modo non eludendi animoque perplexandi id agat. Quod si reus ipse non assignet, victor petere solet, ut sibi res, in quas executio fiat, assignare liceat, quod judex concedit, hac lege, ut victo prius insinuetur, quo ipse adhuc dum assignet. Quod tamen facere nemo potest, nisi qui liberam rerum suarum habet administrationem; Proinde non valet assignatio facta per procuratorem sine speciali mandato, neque per mulierem sine auctoritate viri, nec inde vera sequitur alienatio, ut in Curia nostra judicatum esse, refert D. Saekma ad *d. tit.* 29. *lib.* 3. *Stat. art.* 3. inter *Michaelem Aertsen & Renatam Petri, ante ferias Pentecostales* 1625. Sed an victor servare debet ordinem juris, ut prius mobilia & animalia, ††† dein immobilia, tum jura & actiones capiat ac vendat? Videtur ad hoc teneri. Lex enim jubet eum ordinem, quando reus latitat neque solvit, æquitas eundem suadet. Non est tamen nulla executio si aliter fiat: sed reus, aut hi ad quos ea res pertinet, queri, & petere posse videntur, ut si actor in adsignando eum ordinem pervertat, in ordinem redigat. Porro hæc venditio sine dubio habet eadem requisita, quæ pignorum venditio conventionalium, de quib. *ad tit. D. de Distract. pign.* ut fiat bona fide, & *publice*, id est, in judicio vel foro hebdomadali, *Recht of merkdagen*, ut de rebus mobilibus Statuta nostra *d. tit.* 29. *art.* 2. & 3. quid de rebus soli servandum sit, præcipiunt. Quam formam lege præscriptam exacte servandam esse, dubium non est. Proinde restituenda esse pignora male capta, recte dixeris: etsi debitum ita exactum repeti non placuerit Ulpiano in *l. ult. §. ult. D. Quod met. c.* nec Curiæ nostræ apud Sandium, *l.* 1. *tit.* 12 *def.* 2. Plura ad hanc rem diximus in *Jurispr. Hol. part.* 2. *lib.* 2. *cap. XI.*

Hoc addendum, executionem nullo modo ulterius extendi posse, quam sententia ferat, per regulam *l.* 63. *h. t.* excepto fidejussore judicatum solvi, de quo *supra*, & possessore rei litigiosæ ac interim alienatæ; ut probat Gailius *lib.* 1. *obs.* 118. *n.* 1. Sand. *lib.* 1. *tit.* 12. *def.* 4. ubi docet, hoc non habere locum in rebus pignori datis, nisi possessor actionis hypothecariæ super ea re motæ conscius fuerit. Quæsitum fuit, an mandatum exequendi sententiam, per quam reus in rem principalem & in id quod interest, aut in usuras erat condemnatus, extendi possit ad exequendam æstimationem ejus quod interest vel usurarum deinde factam. Et judicatum est non posse, in causa *Johannis Martini Gravii, contra Sixtam Bomis, d.* 27. *Octob.* 1613. *referente D. Saekma;*

† Si reus ad traditionem in actione reali vel personali est condemnatus, præcepto executivo, ut intra 14. dies hoc faciat, injungitur; elapsis istis diebus, si condemnatus interea non paruit, res ei adimenda, & actori tradenda; aut, si res, quæ petitur, est immobilis, reus excutiendus, actor vero immittendus, relicta huic administratione, vel etiam, ad hujus preces, constituto sequestro. In concursu etiam, quando res ad subhastationem redit, debitor est ejiciendus, immo & conductor, nisi creditoribus aliud e re sua videatur, licet locarium prænumeravit, aut judiciali hypotheca sibi prospexerit; conductio enim eo casu exspirat, & conductor ex concursu suum recuperare tenetur. *O. P. S. K. I. & E. Tit.* 19. §. 4.

†† Si reum ad solutionem condemnari oportet, summa vel quantitas, tempusque, ex quo usuræ, vel interesse moræ computandum, in sententia vel decreto perspicue exprimi debet; quod si inde res sit judicata, judex transmissa liquidatione intra 14. dies solvere reum jubebit, proximum ab elapso 14. dierum spatio diem liquidi constitutioni, insequentem vel sequentium aliquem ipsi executioni faciendæ destinabit, in termino debitore comparente, vel non comparente liquidum constituet, sumptus moderabitur, dubia in medio relinquet, & proximo vel insequentium dierum aliquo reapse exequetur sententiam. Executio ista illiquidum etiam, si inde liquidum reddatur, similiter afficit, & jus reale a tempore executionis etiam hujus nomine tribuit. *O. P. S. K. I. & E. Tit.* 19. §. 5.

††† In creditoris arbitrio nunc positum est, num executionem prius in mobilia, an in immobilia, an in nomina & actiones fieri velit, quæ ut reus jurato indicet, ab actore peti potest. *O. P. S. K. I. & E. Tit.* 19. §. 7.

ma; quoniam æstimatio illa per novam instantiam & peculiarem sententiam fieri solet. Aliud; Condemnatus est aliquis per modum provisionis ad *consignandum* debitum, cujus extat confessio vel chirographum. Executionis mandatum est emissum, sed non habuit effectum. Dein sequitur, ut fit, condemnatio principalis in idem debitum. Mandatum *executoriale* quod dicitur, in causa provisionis impetratum, huic sententiæ principali applicatur, & fit executio sine judicis mandato. Quæritur an recte: Judicatum est negative, quia nova est sententia, *inter easdem partes*.

Sed est alia hac de re notabilis observatio, quam verbis Sandii not. MSS. ad *d. tit.* 29. *Statut. art.* 3. exponam. *Nota*, inquit, *si ex provisionali sententia executio facta, & pignora capta, per subhastationem decretique interpositionem rite distracta sint, emptor plenum dominium adipiscitur. Publice enim interest, quidquid Judex sive definitiva sive interlocutoria condemnatione constituerit, suam habere executionem. Et quamvis postea provisionalis sententia revocetur, non idcirco pignorum venditio revocanda, quando non tam a sententia vim accepit, quam a publica potestate & auctoritate ejus qui, judicatum exequitur.* Joh. Dekherus *lib.* 1. *Dec. Belg. disc.* 2. *n.* 5. post.Ant. Fabrum in *Cod. Sab. tit. de Distract. Pign. def.* 23. Tit. *Si vend. pign. ag. def.* 4. Tit. *de Execut. rei jud. def.* 17.*De Error. pragm. decad.* 5. *err.* 5. Atque hæc ita, tametsi ipse Creditor pignus emerit, ut Dekher. *d. loco*.

Hactenus de Pignorum capione, quam sequitur distractio: Fit etiam, ut pignora capiantur absque hoc animo distrahendi, ut inde judicatum conficiatur, dumtaxat ut reus tædio rerum suarum ablatarum, aliquid facti, ad quod condemnatus est, impleat; veluti ad rationes reddendas, ad suscipiendam administrationem, ad uxorem ducendam, aliaque, ut *superius* demonstratum est. Sed *hodie* non tam pignorum capione, quam immissione manus militaris in ædes condemnati, ut illis sumptum & salarium præbeat, quibus impensis fatigatus judicato parere in animum inducat, hæc res administratur.

57. Subjiciamus breviter causas, quibus sistitur & impeditur EXECUTIO. † Est primo appellationis remedium, de quo *inferius*. II. Beneficium restitutionis in integrum, de quo *superius* actum, & quo non penitus impediri executionem, observavimus *ad d. tit. de Restit. in int. n. ult.* III. Querela nullitatis impeditur executio, *l.* 4. §. 6. *h. t.* si non appareat animo tergiversandi esse motam, & probatio in promptu sit; nec enim processus novæ probationis, ne lis lite cumuletur, admitti debet. Quæ res etiam in Curia nostra admitti meruit, in allegatione falsi Procuratoris, qui rem judicatam obtinuerat, eo quod hæc sit nullitatis ratio. *l.* 24. *C. de procurat.* Scilicet, si vere mandatum non intercesserit, in eoque fraus facta fuerit, eaque facilis sit probationis: alioqui pretextu mandati deficientis, admittere post sententiam oppositiones contra execut. periculosum fuerit. Causa illa ratione subreptionis, & fraudis in mandato commissæ, fuit *inter Albertum Bonerum* contra *Dominicum Sijtsema. d.*29. *Maji* 1600. IV. Recte opponitur, quod obligatio, quæ per sententiam firmata est, novatione, solutione, aliove modo sit extincta, *d. l.* 4. §. *pen.* quo pertinet etiam, quod receperit id quod petebat. *l.* 1. *C. de Re Jud.* V. Exceptiones SCti Macedoniani ac Vellejani, post sententiam quoque admittuntur. *l.* 11. *de SC. Macedon.* VI. Exceptio doli mali, qua petimus actiones nobis a victore cedi. *l.* 41. §. 1. *de fidejuss.* An etiam illa, quod victor agendi jus non habuerit? Minime, cum ea de re sit judicatum. *l.* 36. *Famil. ercisc.* Costal. *ad l.* 38. *de R. V.* Denique, an & oblato fidejussore potest evitari executio? Non potest, nisi magna ex causa. *l.*4. §.3.*h. t.* Ex quo recte dixeris, Judicem posse dilationem executionis aliquando concedere, si condemnatus offerat fidejussorem; quando nec Princeps aliter inducias concedit. *l.* 4. *C. de Prec. Imp. off.* Extra hanc causam, *Induciæ Judicis officio contra res judicatas indulgeri non debent, quæ alioquin infructuosæ & elusoriæ redderentur; neque post multa variaque certamina spem & effectum condemnationis excludi decet*, ut ait *l. fin de Compensat.* Verba Sandii *ad lib.* 3. *Stat. tit.* 30. *in pr.* qui varios adducit ὁμοψήφους, quos heic recensere nihil attinet. Votum addere licet; ut Judices Curiæque Supremæ gravitatem Juris Civilis hac parte malint imitari, quam promiscuis indulgere dilatio-

† Executionem sistunt exceptiones solutionis, compensationis, transactionis & rei judicatæ, sed & hæ non nisi in continenti liquidæ. *O. P. S. E. I. & F. Tit.* 19. §. 6. Cæterum prolixum nimis foret, hic tradere, quid in venditione mobilium, subhastationeque immobilium juris novissimi sit; legant, quorum interest *h. Tit.* §. 8. *seqq.* juncto etiam *Tit.* 40.

tionibus & induciis, aliquando etiam *quinquennalibus*, de quibus *infra*.

(u) Postremo recte opponitur executioni privilegium, quod quis non teneatur ultra quam facere possit. Etenim sunt, qui non in solidum excutiuntur, sed tantum quatenus facere possunt, quos diximus *ad tit. 1. de Action. num.* 28. Vir ab uxore conventus, habet hoc jus non modo in dote, sed & in aliis contractibus *l.* 17. *& l.* 20. *h.* imo & ad socerum extenditur, *l.* 21. *h. t.* durante affinitate, *l.* 17. *pr. Sol. matrim. l. pen. de jur. dot.* non ea soluta. *l.* 21. *& seqq. h.* Socii habent hoc privilegium, si omnium bonorum sint, *l.* 16. *h. t.* etiam vero socii particulares, ubi de illa re certa agitur, *l.* 63. *D. Pro Soc.* quæ sic non est antinomia, ut vult D. Wissenbach. *ad fin. tit. Inst. de societate.* De filiisfam. hac parte, diximus ad *tit. Quod cum eo, qui in al. pot.* Milites huc etiam pertinent. *l. 6. in pr. & l.* 18. *h. t.* Nec non fratres, *arg. l.* 63. *Pro. Soc.* licet dissent. D. Wissenbach. disp. *ad Instit.* 38. *coroll.*

S C H O L I U M.

A militibus communiter extensio fit ad Comites, Barones, Nobiles, Doctores, Advocatos, Clericos &c.

Parentes & patronos idem jus habere, diximus *ad tit. 1. de Action. num.* 28. denique Donatores, & hi quidem deducunt æs alienum, hoc est, præter æs alienum, quod prius deducunt, insuper adhuc retinent, quod ad tuitionem vitæ necessum est: reliqui obtentu æris alieni non juvantur, quin solidum iis excuti possit, si tempore executionis patrimonium sufficiat, etsi aliis creditoribus urgentibus nihil reliquum habituri sint. *l.* 19. §. 1. *l.* 40. *& seqq. h. t.* Quantum vero id est, quod talibus relinqui debet? Lex nihil exprimit, nisi ut *egestas* excludatur, *l.* 19. *in fin. h.* quæ est *extrema paupertas.* Nam pauper simpliciter dictus, est *modici* homo patrimonii. *arg. l.* 15. §. 15. *de Excus. tut.* junct. *l.* 4. *eod.* Seneca 1. *epist.* 17. *Non est quod paupertas nos a Philosophia removeat, ne egestas quidem.* Habere parum, est *paupertas*, habere nihil, *egestas.* Martial. *lib.* 11. *Non est paupertas, Nestor, habere nihil.* Liber est igitur beneficiarius hic ab egestate, non a paupertate, & hoc judex definiet.

S C H O L I U M.

Dubito, an Paulus in d. l. 19. *voce egestas, tam rigide utatur, ut plus inferat quam paupertas; quamvis enim demus auctori, non una vice vocem egestatis ita a Scriptoribus Latinis supponi, non deerunt tamen forte aliorum loca, egestatem & paupertatem synonimice usurpantium. Accedit, quod nec Paulus voce* egestatis *utatur, sed id saltem dicat, relinqui debere donatori, ne* egeat. *Constat autem, non eundem esse semper verborum significatum, & quæ a verbis derivantur, vocabulorum. Juvat hanc conjecturam* l. 30. h. t. *Unde potius placet communis Dd. opinio, tantum relinquendum esse iis, qui beneficio competentiæ gaudent, quantum iis sufficiat, ut se pro diversitate conditionis ac status honeste exhibere valeant.* Add. *Nicol.* proc. P. 3. cap. 5. pag. 57.

R E S P O N S I O.

Ex lege 30. h. t. *nihil aliud colligi potest, quam facultates privilegiati, in tantum non esse exhauriendas*, ut vix quidquam ei in bonis relictum sit. *Item*, aliquid sufficiens *ei relinquendum. Quod si tu ita capias, ut tantum sit relinquendum, quo ex reditibus se reus pro diversitate conditionis ac status sui honeste tueri valeat, ut volunt D.D. & probat Scholiastes, nimis magna strages rebus judicatis inferretur: Patrimonio sæpe non spernendo ad ejusmodi sustentationem necessario. Longe civilius est, eum, qui hoc privilegio vult uti ad derogandum executioni sententiæ, debere se coarctare quantum potest, etiam cis reputationem status & conditionis suæ, nec plus ei relinquendum*, quam ut ne egeat, *ne quærere cogatur eleemosynam. Si potest arte vel labore corporis victum exercere, quid ni faciat hoc, ut saltem in partem sumptus proficiat? Certe quam minimum juri creditoris & rerum judicatarum vigori detrahendum esse, gravitas artis & vigor justitiæ postulat.* dix. part. 2. Jurisp. Hod. lib. 2. cap. 12. n. ult.

N. A D D I T.

I.) Omittitur responsio ad objectionem nostram de significatione verbi egeo. *Id enim regulariter significat* bedurffen, vonnothen haben, nicht genung haben. Auctor *Rhet.* ad *Herenn.* Egens est non is solum, qui non satis habet sed & cui nihil satis esse potest *Hinc II.) maxime juvat sententiam nostram, quod in* l. 30. *dicitur, aliquid* sufficiens *reo esse relinquendum. III.) Aliud est se honeste exhibere, aliud laute. IV.) Cum parentum & patronorum gratia inventum sit hoc beneficium,* quos

(u) *Pos.* 31. *& seqq.*

quos liberi & clientes sustentare tenebantur, vix convenit analogiæ juris, patrem & patronum adigere velle, ut labore corporis eis reputationem status sui victum quærant. V.) Forte respexit hic opinione sua Auctor ad eos, ad quos pragmatici postea extenderunt leges, & sæpe contra juris rationem, de quibus uti non est hujus loci pluribus agere, ita circa eos non solum adhærerem sententiæ auctoris hic appositæ, sed & plane eos excluderem ab usu hujus beneficii.

TIT. II.

De Confessis.

I. Confessum haberi pro judicato, & tamen damnandum. II. An & in criminalibus. III. Qualis confessio esse debeat.

(a) PRoxime ad sententiam accedit confessio rei; *Nam Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. l. 1. h. t.* Condemnatio tamen, id est declaratio judicis, qua præstatio conveniens ejus Confessioni injungitur ipsi, accedere solet atque debet, opinor, ex *l. 3. h. t* ut recte Cujacius 20. *obs.* 30. quod usui Forensi est consentaneum. Carpzov. *Process. tit.* 13. *art.* 3. Recte tamen dicitur, nullas esse partes judicantis in confitentem, *l. 25. in fin. ad L. Aquil.* quod attinet ad causæ cognitionem, examinationem rei, testium, aliaque; sed nullo alio discusso, judex confessionem sequetur. *l.* 40. §. 1. *de Pactis.*

2. Habet autem hunc effectum judicati, non tantum in civilibus, sed etiam in criminalibus, siquidem leges non distinguunt. *l.* 1. & *l.* 6. §. 3. & *pass. h. t.*

Scholium.

Quod tamen intellige cum limitationibus, quas ex Anton. Matth. refert Wissenb. hic th. 17. *ne obstet* l. 1. de Quæst.

Videbimus ipsi has limitationes *ad. tit. de Quæst.*

3. Oportet autem confessio fit in jure facta, vel in judicio. *d.d. ll. l. un. C. h. t.* Extrajudiciali hæc vis nusquam tribuitur; ne quidem scriptæ, nisi quatenus instrumentum de re gesta sit confectum, qua de re in *l. ult. de Prob. & ad tit. de fid. instrum.* Denique, præsente adversario factam esse oportet, dumtaxat præsente per Procuratorem, *l. 6. §. 3. h. t.* quod hodie non requiritur; quia non fiunt examinationes præsentibus adversariis, ut olim, verum seorsim apud judices solos, ut *ad tit. de Testib.* auditum est: proinde confessiones ad interrogationes adversarii factæ, pro talibus habentur, ut efficiant condemnationem, non quæ alias fortuito sermone proferuntur. Oportere etiam certas esse confessiones, & de causa principali peremptorias, sponte res loquitur, & *l. 6. in pr. h.* Aliqui argumenta solummodo præbent. De Condemnationibus voluntariis, quæ huc etiam referri possunt, superius dicta sufficiant. Insignem de Confessis locum habet Mornacius ad *l. 25. D. Ad. L. Aquil.*

TIT. III.

De Cessione bonorum.

I. Sententia tituli, & quale beneficium Cessionis. II. Modus cedendi, & effectus ejus. III. Casus quibus cessat hoc beneficium. IV. De cessione extrajudiciali, quam vocant Abandon. *V. De induciis quinquennalibus.*

(a) DEbitori condemnato, vel in jure debitum confitenti, vel extra judicium id agnoscenti, permittitur cedere suis bonis; Nam si horum nihil fecerit, non audietur, *l. 8. h. t.* cujus rei causam infra videbimus. Conceditur autem hæc cedendi facultas beneficii loco, quia debitores, qui bonis cesserunt, hæc duo consequuntur; primo, quod in carcerem conjici vel inquietari non possunt, *l. 1. C. h. t.* ne quidem ab aliis quibus debent, habetur in *l.* 4.

(a) *Pos.* 1. 2. 3. & 4. (a) *Pos.* 1. & 2.

l. 4. §. 1. *h.* quorum timore scilicet non cessferant, ut *gl. ad d.* §. 1. Alterum beneficium est, quod post cessionem, etsi per eam non liberantur, tamen non tenentur ultra quam facere possunt. *l.* 4. *pr. h.* Rursus conveniri, bonaque iterum vendi non possunt, nisi postea debitor notabiliter sit locupletatus. *l.* 6. & 7. *h. t.* Quod salva existimatione fit cessio, *l. ult. C. h. t.* id minus accurate beneficium vocatur, non magis quam prohibitio cruciatus corporalis beneficium est, in *d. l. ult.*

2. Modus cedendi est, ut non modo in Jure, sed etiam extra Jus fiat; sufficitque, per nuntium vel per epistolam id declarari, *l. ult. h. t.* modo præcedat agnitio debiti. *d. l.* 8. Cur sine ea non potest fieri cessio? Nonne satis agnovisse videtur debitum, qui propter illud bonis cessit? Non videtur; utique non quantitatem ejus, & si deinde, cum ad facultates rediisset, debitor se opponere vellet, nova lis sustinenda foret creditori, ut inter alia ad hoc requisitum observat *gl. ad d. l.* 8. Ergo si contra alios creditores deinde velit uti beneficio cessionis, ut eum posse diximus, debitum prius agnitum oporteret. Tenetur etiam debitor ad profitenda bona sua, & creditoribus inquisitio in patrimonium permittitur, *l.* 3. *C. h. t.* ubi. *facultates ipsius oportet inquiri.* Proinde *ita demum cessionis beneficium implorare potest debitor, si prius omnia sua bona creditoribus indicaverit. Gl. & Dd. in l. pen. C. h. t. Et cedens, qui bona sua occultavit, non solum hoc beneficio privatur, sed & in duplum ejus quod dolo sc. occultavit:* ita Sandius *ad Stat. Fris. lib.* 3. *tit.* 31. *art.* 2. auctorem laudans Jacobum Cancerium *part.* 2. *var. resol. c.* 9. *num.* 15. 16. De omissione beneficii non est dubium; de pœna dupli desidero majorem, quam est Jacobi Cancerii, auctoritatem. Lege ad hoc opus est, opinor; furto enim etsi res hæc affinis est, proprie tamen furtum non est.

(b) Facta cessione, creditores bona vendere, pretiumque in solutionem crediti sui convertere debent. *l.* 3. 4. 7. *h. t.* Nec enim possunt creditores auctoritate sua *dividere hæc bona, & jure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suæ consulere permissum est*, habetur in *l.* 4. *C. h. t.* secus si fecerint, nullo tempore eas res usucapere possunt, *d. l.* 4. *C.* nec deinceps actionem in id quod amplius eis competit exercere possunt, *arg. l.* 15. §. 3. *vers. nam si Creditor. de Re Judic.* Cæterum, quamdiu venditio facta non est, Debitor, qui bona cessit, habet pœnitendi locum, & solvendo, vel defendendo se, consequi potest ne res veneant. *l.* 3. & *l.* 5. *h. t.* Est etiam res liberæ voluntatis cedere bonis, nemo ad hoc cogi potest, *l.* 1. & *t. D.* & *C. h.* adeo ut perperam agant creditores, ut vidi facientes, qui contendunt, ut debitor condemnetur ad cedendum, vel bona relinquenda; executionis media urgere debent; voluntatis actum extorquere non possunt. vid. tamen ad *tit. de Curat. bon. dand. in fin.*

3. (c) Sunt etiam casus, quibus cessat hoc beneficium. I. Si debitor non agnoscat debitum, ut habuimus ex *l.* 8. *h. t.* II. In causis criminalibus, etiam pecuniariis, nam in his locum habet regula *l.* 1. §. *ult. de pœn.* Qui non est solvendo, luat in corpore, licet aliter indicare videatur *Lex ult.* §. 4. *C. de Custod. reor.* Sed illa constitutio non est pars juris Justinianæi, inserta ex Basilicis, ut apparet. *Damnatus ex crimine*, ait Sandius noster MS. ad *art.* 1. *d. tit.* 31. *lib.* 3. *Statut. Fris. ad solutionem mulctæ civilis, vel damni æstimationis, non juvatur hoc beneficio cessionis.* citans Grivellum *decis.* 78. Jac. Cancer. *part.* 2. *Resolut. cap.* 9. *n.* 38. Diff. tamen Covarruv. *lib.* 2. *Resolut. c.* 1. *n.* 8. Ant. Tessaur. *Decis.* 182. III. Cessat in causa tributorum & vectigalium, etsi tales jure civili ad pœnam corporalem non teneantur, sed omnibus bonis excutiantur. *l.* 2. *C. de Exact. Tribut.* Idque moribus ita servatur. Imbert. *Inst. forens. c.* 6. *in fin.* Burgund. *ad consuet. Flandr. tract.* 10. *n.* 10. Porro Justinianus cedendi necessitatem IV. remisit iis, qui bonam copiam ejurarent, hoc est, jurejurando adfirmarent, se nec habere unde solvant; neque fecisse quo in eum statum devenirent, *Nov.* 135. *c.* 1. sed hæc constitutio nusquam recepta est. V. Negatur cessionis beneficium non modo fraudatoribus, qui bona sua non fideliter profitentur, de quibus est dictum, *sed etiam Decoctoribus; Indulgetur enim hoc beneficium iis, qui vitio fortunæ, non suo, facultatibus lapsi sunt; At qui sua culpa, datave opera res suas ad aliorum perniciem decoxerunt, carceri mancipantur;* Ita notat Sandius MS. *ad d. tit. Stat. Fris. art.* 2. auctores laudans Strauch. *de Decoctor. P.* 2 *num.* 1. & *sequ. Part.* 3. *n.* 1. & *sequ. Part.* 7. *num.* 1. Frider. Hulanum *de propr. homin.*

(b) *Pos.* 5. 1. & 9. (c) *Pos.* 3. 4. & 8.

homin. c. ult. num. 89. P. Heigium *Quaest. jur. P. I. Quaest.* 31. Hæc ipsa juri communi convenientia, nostris aliorumque populorum Statutis inserta sunt, dum patentibus hoc beneficium injungitur, ut probent, se absque sua culpa desiisse solvendo esse; ut exhibeant inventarium, nec quidquam celent, & similia passim obvia. Quarum rerum argumento, Thomasius *hic* laudat Schilterum *Ex.* 46. *th.* 8. 10. tradentem ita; Jus Romanum parum discrepare a jure hodierno, quod non nisi creditorum consensu aut Principis decreto cessionem fieri permittit. Equidem principis auctoritas Jure civili novissimo requiritur, & hactenus creditorum consensus, quod hi eligere possunt, utrum cessionis beneficium, an quinquennales inducias concedere velint. *l. ult. C. h. t.*

(d) Sed quia cessionis *beneficium* usu hominum transiit in *maleficium*, Legibus & moribus hodiernis longe difficilior via cessionis * est constituta. Debitor enim hoc jus petere debet a Principe, vel a Curia Suprema. Literis hujus beneficii impetratis, ut earum effectu gaudeat, debet citare creditores suos, *intra mensem*, ut apud nos, & coràm illis in judicio ipse, non per nuntium, epistolam, aut procuratorem, exhibere literas beneficii, ac petere, ut *interinentur*, fide publica facta, sine culpa sua redactum se esse ad inopiam; cum inventario jurato omnium bonorum suorum, & declaratione, se quidquid habet, destituere creditoribus, retenta sibi tantum veste quotidiana. Quod si Creditorum aliquis, (unus sufficit) narratis se opponat, & fraudem arguat, Impetrans beneficii cogitur se conferre in carcerem, ibique manere, donec super ejus petitione summatim judicatum sit. Quam si contingat ei denegari, vult Lex nostra, ut sine novo processu, publicæ ignominiæ, sententia rejectionis pectori suffixa, per dimidiam horam exponatur, quemadmodum id executioni datum est adversus quendam *Piecke Poppes*, *d.* 15. *Jul.* 1606. Quid autem, si creditores non contenti hac ignominia negatæ debitori cessionis, diutius eum detinere velint, donec iis solvat, poteruntne rursus eum includere carceri? Posse videbantur, quia liberatio a carcere est beneficium cessionis; quod ei negatum. At Curia nostra censuit hoc creditoribus esse negandum, in causa *Laurentii van Voort*, *d.* 17. Octobr. 1617. duplici, ut videtur, ratione. Prima, quod Lex nostra post ignominiam publicam, nihil addit, quam reum manere creditoribus obligatum. Altera, quod expositio ignominiosa sit exercitio pœnalis, post quam reos carcere liberari, moris & juris est. Quæsitum est, an contra mulieres debitrices hæc severitas exerceri queat; ** eo quod mulieres propter civilia debita prohibentur includi. *l.* 1. *& Auth. Hodie. C. de off. divers. jud.* Sed hujus legis usum, a Theodosia forsitan Imperatrice ortum habentem, ad hoc seculum pertinere, non est visum Senatui, *in causa Petri Clock, contra Inte Poppes. ante ferias Quadrag.* 1610. idemque Senatui Pariensi visum, teste Roberto *lib.* 2. *rer. judicat. c.* 6. impetrata cessionis venia, nostris aliorumque Legibus, alterum ex beneficiis, ne teneantur ultra quam facere possint, & ne, quod modicum dein adquisiverint, ipsis adimatur, *l.* 6. adeo coarctatum est, ut ad nihilum prope redactum videatur. Præcipitur enim his, quibus bonis cedere permissum est, ut quidquid deinceps adquisiverint, commodo suorum creditorum consignare teneantur, nec quidquam sibi retineant, quam culcitram lecti, & de singulis supellectilibus unam speciem, modo non sit ex auro, argento, vel stanno, aliave majoris pretii materia. *d. tit.* 13. *art.* 3.

4. (e) Forte de hac severitate Legum municipalium, quam fateor habere causam justissimam, dicere liceat: *Excessit medicina modum*, Et nocet nimius rigor, cui pares non sumus. Vivimus seculum, quo nec mala, nec remedia nostra

(d) *Pos.* 6. (e) *Pos.* 7.

* Ita secundum Jus nostrum, cessio bonorum invitis creditoribus debitorem, a carcere publico non liberat. *P.* 2. *C. El.* 32. §. *Und es soll ihm davon.* Carpzov. *ad eand. def.* 22. *j def.* 21. inprimis si dolo, vel lata etiam culpa debitor solvendo esse desierit. add. *Ord. P.* 6. *T.* 51. Svendend. *ad Fib. pag.* 1018. *sq.* a quo tamen immunes sunt personæ illustres, & quæ beneficio competentiæ gaudent. Carpzov. *d. l. def.* 18. Berlich. *P. v. Concl* 28. *num.* 3. In Saxonia Communi debitor non solvendo existens, adjudicatur ad manus Creditoris, qui eum vinculis inclusum tenere, ejusque servitiis tam diu uti potest, donec integrum debitum præstiterit. *a. LR l.* 3. *art.* 39. *Wb. art.* 27. Carpzov. *ad d. C. def.* 8. Richt. *Dec.* 41. *num.* 51. quæ pœna in Electoratu sublata est, *d. C.* 32. §. *Und neben dem.* Carpz. *ad eand. def.* 2.

** Jure Saxonico Electorali, femina, quæ de jure suo admonita ob debitum proprium ad carcerem se obligavit, ab incarceratione non est immunis, *P.* 2. *C. Elect.* 22. §. *Ob denn auch wohl.* secus Jure Sax. Comm. obtinet. Carpzov. *ad d. C. def.* 9.

nostra ferre possumus. Ea re factum, ut neminem mea memoria beneficium cessionis implorasse viderim. Sed magno hominum impetu itum est in cessionem, ferme ad exemplum Juris Romani veteris, Gallica voce appellant *Abandon.* Debitor, qui non est solvendo, convocatis creditoribus suis, in judicio vel extra judicium, declarat, se bona sua illis cedere. Possunt equidem non acceptare ejusmodi cessionem; sed rarissime negatur, si nulla sit malæ fidei suspicio. Nullum quidem juris beneficium consequitur hoc modo debitor; sed facto & usu idem fere, imo plus quam Cessio tribuit consequitur. Non in carcerem conjici, quis enim famelicum alat gratis? Nec modicum deinde quæsitum ei solet auferri: Etsi verum est, utrumque, si quis id operæ pretium putet, fieri posse. Numquid etiam post acceptationem Cessionis? Ita videtur. Nam acceptatio talis Cessionis nihil continet quam quod vox sonat, bona debitoris accipi in solutum pro modo substantiæ, de reliquo nulli parti juris sui renunciant creditores. Bona hoc etiam modo cessa, vendi, non dividi inter creditores, aut jure dominii possideri oportet. *l. 4. C. Qu. bon. ced.* Proinde si creditores acceptata Cessione extrajudiciali, bona non redegerint in inventarium, neque publice vendiderint, verum inter se partiti sint, deinde reversum ad facultates debitorem de reliquo convenire non possunt: Ac ita consultus respondi hominibus Harlinganis, *d. 27. Novembr. 1687.* Eaque res satis frequenter usu venit. Sæpe etiam debitores paciscuntur, ne posthac amplius conveniantur; quod tamen crebrius apud Batavos accidit: ubi debitores foro cedentes, in locum alienæ jurisdictionis tanquam in asylum se conferunt: Inde petunt a Principe sive ab Ordinibus, *salvum conductum* sive securitatem corporis. Eaque tanquam arce muniti, creditores suos ad paciscendum provocant. Ingens materia Querelæ & reformationis; sed quæ non est hujus loci.

5. Antequam Cessio bonorum perficiatur, usu venit frequenter, ut debitores petant a creditoribus inducias, aut, si ab illis impetrare nequeant, a Principe, vel a Curia Suprema vicem Principis aliquando exercente, ut apud nos instituitur. Est etiam hoc jure Civili proditum, *quando a Cæsarea Majestate petitur, ut ad miserabile cessionis bonorum venire liceat auxilium, & electio detur creditoribus, vel quinquennale spatium eis indulgere, vel bonorum accipere cessionem. l. ult. C. Qui bon. ced. poss.* (f) Quæ constitutio non meminit cautionis a debitore præstandæ; sed ea sine dubio supplenda est ex *l. 4. C. de Precib. Imp. off.* ubi sancitum est, *universa rescripta, quæ in debitorum causis super præstandis dilationibus promulgantur, non aliter valere, nisi fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur.* Tum primo Creditorum agitur conventus, & quod major eorum pars statuerit, hoc observatur. Pars autem major non tantum ex numero, sed etiam ex summa debiti colligitur. Pari autem quantitate debiti reperta, dispari vero creditorum numero, tunc numerus creditorum prævalet. Si vero tam quantitatis quam numeri creditorum æqualitas inveniatur, tunc humanior sententia præfertur & induciæ conceduntur. Denique, personales creditores in hac electione decernenda, tantundem valent ac hyphothecarii, sine præjudicio tamen juris hypothecarii in debitis partiendis. *d. l. ult.* An etiam pars major creditorum potest cogere minorem partem ad remissionem de ipsa debiti quantitate faciendam? Non potest *d. l. ult. v. In rebus autem.* Exceptis duobus casibus, quos habuimus ad *tit. D. de Pact. n. 12. p. 121. part. præc.* Nostris Statutis, cui gentes aliæ consentiunt, diserte quoque cautum est, ne literæ publicæ edantur, quibus minor pars aut aliqui creditores cogantur ullam partem debiti remittere, vel inducias concedere, nisi cautione præstita. *l. 3. t. 30. art. ult.* Quid igitur, an cautione data coguntur etiam debiti remittere partem creditores inviti, cum pars major consentit? Res est magni usus. Statutum sic ait, *Literæ nullæ dantor, quibus creditores consentire cogantur Pactioni, a debitore cum majori parte creditorum factæ: Ita ut tenerentur ejusmodi pactione remittere partem debiti, vel inducias concedere, aliter quam præstita cautione.* Quæritur, an hæc ultima verba, *fonder te stellen Cautie*, pertineant ad utrumque membrum Legis, remissionem debiti & inducias, an vero ad inducias tantum. Quod ad utrumque pertineant, idcirco dicendum videtur, quia hæc verba claudunt orationem totius articuli. Sed magis est, ut ad ultimum membrum, quod est de induciis, solummodo pertineant, idque ob has rationes. I. Quia per totum illum titulum agitur de induciis sub cautione permittendis, nihil de parte debiti; verisi-

(f) *Pos. 37. tit. 1. h. l.*

risimile igitur est, *in art. ult.* cautionem ad easdem inducias referendam. II. Quia quod jure Civili tam graviter constitutum est, in substantia debitorum ipsa non præjudicari creditoribus plurium consensu, non potest neque debet videri Statuto tam obiter esse abrogatum: Si hoc voluissent Legislatores, rem notabilem verbis clarioribus & indubitatis expofuissent. Atque in eam partem usus fori, quod observare licuerit, inclinat. Agunt hac de re Boerius *decis.* 296. *num.* 3. Marant. *de Satisdat. n.* 23. Pap. *decis.* 109. *in fin.* Dekher. *lib.* 1. *decis. Belg. dissert.* 10. *n.* 19. *& seqq. ex* Sand. MS.

Quod autem ad inducias attinet, si Creditores in eas consentire nolint, & debitor bonis cedere gravetur, Princeps aut Curia, inquam, literas in eam rem edere potest petenti, prævia cautione, & auditis summatim creditoribus. Sed quia rarius accidit, ut homines ad eum statum redacti fidejussorem invenire queant, hinc literæ *Quinquennalium* rarissime frequentantur, & res plerumque exit in Cessionem extrajudicialem, modo descriptam.

TIT. IV.
Quibus ex causis in possessionem eatur.

I. Sententia tit. & an detur hæc missio ex duplici decreto. II. Quibus detur & prosit.

(a) SI debitor non cedat bonis, verum latitet, sive jam condemnatus, sive primitus se non defendens, Creditores in possessionem omnium bonorum ejus a prætore mitti possunt. *l.* 2. *& l.* 7. *h. l.* 6. *C. de Bon. auctor. jud. possid. l.* 2. *& l.* 3. *C. Qui pot. in pign.* Missio in universa bona, fit ob tres causas, legatorum, ventris nomine (de his dictum suis titulis) & rei servandæ gratia. *l.* 1. *h.* Ob rem servandam mittuntur, creditores ex duplici edicto atque decreto: primo custodiæ causa, si non constet debitorem animo fraudandi latere, *l.* 2. *pr.* §. 1. *h.* alterum est distractionis ergo, ubi de animo fraudandi constet, *l.* 7. §. 1. *h.* & si ab initio fraus liqueat, edictum distractionis statim obtineri potest. *d. l.* 7. §. 1. *& seqq.* Ita liquet, primum & secundum decretum, quod de damno infecto dari supra intelleximus, ab hoc duplici decreto esse diversum, secus ac *Dd. comm.*

SCHOLIUM.

Qui duplex decretum in hoc titulo agnoscunt, ii vel id confundunt cum duplici decreto damni infecti, vel ab eo distinguunt. Prius videtur facere Huhnius ad Wesenb. tit. de damn. inf. passim. *Conf. Schilter.* Ex. 14. th. 46. *Posterius auctor hic, & Strauchius in priori editione, cujus verba dedimus* in not. ad XXIV. 9. p. 343. seqq. *Ergo quod Dissentientes attinet, quos inter est Wissenb.* ad tit. de damn. inf. th. 15. & 16. *Strauch.* Ex. 24. th. 2. *eorum rationes contra priorem expositionem aliquid valeant, non contra posteriorem, ut ostendimus* in not. Strauch. d. l. pag. 344. *Cæterum, Jure Saxonico quomodo in reum ab initio latitantem procedatur, ostendit* Ordin. Proc. tit. 10.

2. (b) Missio autem prodest omnibus, etiam contra quos non latitavit debitor, *l.* 7. §. 7. *h. l.* 12. *pr. de reb. aut. jud. poss.* modo reliqui in eadem provincia eis biennium, absentes intra quadriennium certiores faciant missos, & partes sumptuum ferant, *l. ult. C. de bon. auct. jud. possid.* ut tamen qui sciens cum fraudatore contraxit, cum cæteris creditoribus non veniat in partem. *l.* 25. *tit. seqq.*

(c) Datur etiam creditori conditionali *l.* 6. *h.* Imo non datur, *l. pen.* §. *ult. h.* scilicet ex Edicto primo, quod ad effectum distractionis, quæ non competit ante existentem conditionem, verum custodia datur ipsi ex *d. l.* 6. Denique hanc possessionem longe diversam esse ab ea, quæ fuit *in tit. de adq. poss.* satis evidens est. vid. *l.* 3. §. *ult. de adq. poss.*

TIT. V.
De rebus auctor. jud. possidendis seu vendundis.

I. Jus & effectus missionis in possess. II. Differentia inter missionem, quæ fit rei servandæ, & exequendi gratia. III. Aliud discrimen.

(a) QUando missio in possessionem bonorum facta est, primo quidem Creditores adipiscuntur jus pignoris Prætorii, quod tribuit illis actionem hypothecariam. *l. ult. C. de Præt. Pignor.* Sed quia missio facta & impetrata ab uno, prodest etiam cæteris creditoribus,

(a) *Pos.* 1. 2. 3. *&* 4. (b) *Pos.* 5. *& Pos.* 4. *tit. seq.* (c) *Pos.* 6. *&* 7. (a) *Pos.* 1.

bus, *l.* 12. *h. t.* hinc ceſſat inter eos privilegium ordinis, ut diximus ad *tit. Qui pot. in pign. n.* 23. *pag.* 57. Sed reſpectu tertii, non ceſſat privilegium temporis. *l.* 2. *C. Qui pot. in pign.*

2. Qui textus & *ſequ.* collati cum his, quæ dicta ſunt, intereſſe docent multum inter miſſionem, quæ fit rei ſervandæ gratia,& inter eam, quæ fit exequendæ ſententiæ cauſa. De priore verum eſt quod antea diximus, in eo non eſſe locum privilegio temporis, niſi contra diverſi ordinis creditores; Ita qui primus in poſſeſſionem rei ſervandæ gratia miſſus eſt, præfertur ei qui deinde judicati cauſa miſſus eſt, *d. l.* 2,cui non præfertur,ſi hic tanquam creditor perſonalis, ut tempore miſſionis fuerat, illam, quæ rei ſervandæ cauſa petita fuerat, participare voluiſſet. per *d. l.12 h.t.*Sed qui pignus judicati adeptus eſt, creditoribus aliis perſonalibus eodem tempore exiſtentibus præfertur. *l.* 3. *C. d. tit.*

3. In hoc etiam differunt miſſio in poſſeſſionem, quæ rei ſervandæ gratia, cum debitor indemnatus latitat, & quæ fit judicati exequendi cauſa. Priore caſu miſſi, tantum cuſtodiam & obſervationem rerum conſequuntur, *l.* 3. §. *ult.de A quir. poſſ.*etiam quandoque fructuum colligendorum poteſtatem. *l.* 7. *in pr.* & §. *ult. Quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l.* 8. §.1. & *l.* 9. *in pr. h.t.* Et ſi debitor,miſſione ſpreta, creditores fruſtrari pergat, impetrant illi decretum de bonis vendendis, quemadmodum diximus *ad tit. Ex quib. cauſ.in poſſ.* ſic tamen, ut ſi ante bonorum venditionem exiſtat, qui reum defendere, vel ſolvere paratus ſit, bona reſtituantur una cum fructibus, habita ratione impenſarum a creditoribus factarum. *l.* 9. §. 2. & 4. *de Reb. auct. jud. poſſid.* Poſſeſſio vero, quæ fit judicati exequendi cauſa, ſtatim hac gratia decernitur, ut fiat diſtractio, in judicati ſatisfactionem. *l.* 15. *de Re Jud.*& *tot.tit.C. de Exec.rei jud.*

TIT. VI.

De Separationibus.

I. Quid ſit, & quibus competat Separatio. II. Quibus caſibus ceſſet.

(a) SI plures ſint creditores, & diverſi generis, ſeparationem bonorum impetrare poſſunt; quæ eſt beneficium, quo creditores defuncti petunt, ut bona mortui dividantur a bonis hæredis obærati, ut ſibi ſolis exinde ſatisfiat. *l.*1.§.1.*h.* Tantum habet locum in debitis mere perſonalibus. Nam hypothecarii ipſo jure ſic diſtinguuntur, ut creditores, qui bona defuncti habent obligata hypothecæ, in iis præferantur hæredis creditoribus, etſi primo auditu παράδοξον hoc videatur, ut ex iis, quæ in utramque partem a Sandio *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 13. proferuntur, apparet. Sed ratio eſt, quoniam hypotheca eſt jus in re, quod ſemel in rebus defuncti ſtabilitum, iis eximi non poteſt, quæ ratio cum ceſſet in perſonalibus, ſequitur, hujuſmodi creditores,qui cum defuncto contraxerunt, concurrentes cum creditoribus hæredis, hiſce non præferri,niſi petierint ſeparationem, de qua loquimur. Qua petita, ſi quid ex defuncti rebus ſuperſit,hoc ſine dubio pertinet ad hæredes ejuſque creditores; at ipſis ſi quid deficiat,& ex rebus hæredis aliquid ſuperſit, ad illas non habent actionem; *l.*1. §. 17. & *l.*5.quod tamen corrigitur in *l.* 3. §. *ult. eod.* Aliter Wiſſenbachius *h. t. th.* 10.

2. (b) Ceſſat hoc beneficium, quando hæreditas bona fide diſtracta, *l.* 2. *h.*vel res hæreditariæ bonis hæredis mixtæ ſunt, *l.* 1. §. 12. creditoreſque in integro cum hærede contraxerunt, *d. l.*1. §. 10. & 11. denique, poſt quinquennium ab adita hæreditate. *d. l.* 1. §. 13. Negatur etiam creditoribus hæredis, quoniam his nihil novi accidit de quo conqueri poſſint; at creditores defuncti inciderunt in hæredem, cum quo prius nihil egerunt, & cujus ære alieno non eſt quod implicari ſe patiantur. *l.* 1. §. 1. & *ſeqq. h.* Tu dices?Nonne, ſi hæres onerosam hæreditatem adeat,id æque grave eſt ejus creditoribus? Ut ut ſit, tamen eſt ita, quod quilibet debitor novo ære alieno conditionem ſui creditoris facere poſſit deteriorem, hic ipſum, ut libet, urgere viciſſim poteſt ad ſolutionem. *d l.*1.§.2. Cæterum, ſi quidam ex creditoribus beneficium ſeparationis non petant, hi creditoribus hæredis connumerantur. *d. l.* 1. §.16. Denique & hæres neceſſarius, ſi bona defuncti non attingat, hoc ipſum beneficium impetrare poteſt. *d.l.*1.§.*ult.*

TIT.

(a) *Poſ.* 1. 2. 3. & 4. (b) *Poſ.* 5. 6. 7. & 8.

TIT. VII.

De Curatore bonis dando.

(a) Missione facta, Prætor Curatorem bonis constituit, ex consensu creditorum, & ipsius consensu; nam invitus non cogitur, quia non est munus publicum. Sand. 2. 9. 11. Fere eandem habent potestatem in bonis possessis, quam Curatores alii in bonis minorum, eandemque culpam præstant, licet respectu debitoris, non nisi de lata teneantur. *l. 2. pr. & §§. seqq. & l. 9. §. 5. de reb. aut. jud. poss.* Finis ejus est, ut bona non modo administret, sed tandem quoque distrahat, singulisque creditoribus satisfaciat. *l. pen. l. ult. h.* Atque ejusmodi Curator non tantum constituitur si debitor latitet, verum & si bonis foro-ve cesserit. *d. l. ult.* Quin & si in medio adhuc versetur, sed omnia negligat, & σύγχυσις creditorum ac confusio rerum fiat, res vult, ut Curator bonis detur, & in eum finem creditores adversus eum agere possunt, ut fit. Adde lis quæ ad calcem *tit. seq.*

TIT. VIII.

Quæ in Fraud. Cred. facta sunt, ut restituantur.

I. Sententia Edicti, & quibus prosit. II. An etiam alienare videatur qui non adquirit. III. An curator bonorum hanc actionem movere possit.

(a) Circa missionem in bona debitorum, frequens est quæstio, de his quæ in fraudem creditorum alienata sunt. Si hoc post missionem decretam fit factum, habent creditores chirographarii utilem hypothecariam ex pignore Prætorio. *l. 2. C. de Præt. pign.* Si ante, habent Paulianam, de qua diximus ad *tit. de Action. n. 9.* Qui ignarus est fraudis, non tenetur, inquam, nisi lucrativo titulo rem nactus, *l. 6. §. 9. & 11. h.* qualis non est Dos, *l. 56. §. 1. de jur. dot. l. 20. C. eod. l. 21. §. 1. de Don. int. vir. & ux. & l. 25. §. 1. & 2. h. t.* nec etiam sponsio. Sand. *lib. 3. tit. 13. def. 2.* Sed & creditor, qui sine gratificatione aut vi, suum ante missionem occupavit, non tenetur, *l. 24. h.* nisi hypothecam habeant alii potiorem, quo casu extantem pecuniam vindicare possunt, *l. 3. Quod cum eo, qui in alien. pot.* de consumpta nemo nisi fiscus agere potest, *l. 18. §. ult. de jur. fisc.* item hæres, qui inventarium fecit, & præpostere solvit. *l. ult. §. 6. C. de jur. delib.* Alioqui pretium non succedit in locum rei, l. 1. *de distract. pign.* nisi protestati fuerint creditores contra venditionem. Sand. *lib. 2. tit. 12. def. 27.* in quo vide plura ad hanc rem pertinentia. Potest etiam & debet curator bonorum uni solvens, exigere cautionem de refundenda pecunia, si alius potior accedat. *arg. l. 52. §. ult. de Pecul.* Alienasse etiam videtur, qui oppignoravit, *l. 10. §. 13. h. t.* quique alio genere modoque hypothecæ fecit, ut quidam creditores jus potius haberent. *l. 2. h. t. l. 10. §. 13. & l. 22. h. t.* Ex. gr. si debitor creditoribus hypothecas privatas habentibus, dederit publicum crediti & hypothecæ instrumentum, cujus vi aliis creditoribus tempore quidem prioribus, sed privata instrumenta habentibus præponantur, juxta *l. Scripturas. 11. C. Qui pot. in pign.* idque paulo antequam debitor bonis cederet. Sand. *lib. 3. tit. 13. defin. 1.* Non alienat, qui jus sibi competens repudiavit. l. 6. *pr. & §§. seqq. h. t. l. 19. & l. 20. h. t.* Sand. *lib. 3. 13. def. 3.*

SCHOLIUM.

Intelligo jus ad rem, non si dominio jam adquisito renunciet. Id enim, ni fallor, volunt verba Ulpiani, l. 6. pr. & §. 2. h. t. *Et hæc etiam mihi videtur fuisse ratio decisionis, in præjudiciis Scabinorum Lipsiensium a Carpzovio* Decis. 161. *citatis, eoque inclinat ipse Carpzovius* in n. 22. d. decis. *Nam reliqua, quæ ibidem affert, non tollunt controversiam, per ea quæ jam dicentur. Non obstat sententiæ huic* l. 19. h. t. *ubi pater hæreditatem, quam utique in dominio habebat, ante tempus mortis suæ, contra voluntatem uxoris, quæ eandem filio demum post mortem mariti restitui voluerat, filio restituit, & tamen creditores non fraudasse dicitur a Papiniano. Nam respondeo: non illum casum ibidem subesse, quod pater rogatus fuerit ab uxore hæreditatem filio restituere post mortem suam, alias enim decisio* d. l. 19. *aperte esset contra* l. 10 §. 12. h. t. *sed fideicommissum simpliciter fuisse relictum, patremque non expecta-* ta

(a) *Pos.* 1. 2. 3. & 4. (a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

ta morte sua filium emancipasse ; & ita post emancipationem ex voluntate testatricis hæreditatem restituisse filio. conf. gloss. ad d. l. 19 *His præsuppositis, patet, quid sentiendum sit de sententia quorundam JCtorum, inter repudiationem lucri delati seu præsentis, & deferendi seu futuri ac incerti distinguentium, & hanc quidem in fraudem creditorum fieri posse arbitrantium, non vero ill'am. Vid. Dn. Schilter.* d. Ex 46. th. 52. *cum quibus etiam facit Carpz.* d. l. *Neque enim lucrum delatum repudiare prohibent* d. l. 6. §. 1. & seqq. d. l. 19. & 20. h. t. *neque usquam in repudiatione lucri fraudem committi, sed potius creditores non esse fraudatos, asserunt iidem textus. Si hoc notes, facile respondere poteris ad objectiones Dn. Schilteri* d. l. *putantis, adversus eum, qui lucrum deferendum etiam repudiat, remedium Juris Canonici, aut delationem jurisjurandi concedendam esse, cujus quidem opinio non juvatur* per arg. l. 45. pr. de jure fisci, *ad quam cum communi doctorum Schola responderem, exceptionem a regula* d. l. 6. h. t. *in eadem contineri, (quod forte etiam ex mente Triboniani defendendum est) nisi verba generalia, quæ rationis loco ibidem posuit Paulus*, æque enim in omnibus fraus punitur, *ostenderent, eum hac parte, quamvis sine prægnante ratione, a Preceptore suo Papiniano & Collega Ulpiano, pro more dissensisse, docuisseque, etiam repudiationem lucri ad alienationes fraudulentas, edicto Prætoris prohibitas spectare. Conf. de hac quæst Sand.* d. l. & Wissenbach h. t. th. ult.

2. Recte Thomasius renunciationem juris delati, & præsentis, in præjudicium creditorum valere contendit, non etiam plane adquisiti. Quod enim semel pleno jure quæsitum fuit, in hoc creditoribus ex Edicto hujus tituli jus quæsitum est, quia patrimonium debitoris tum est diminutum; quod non fit, si adquirere noluerit, ut docent Ulpianus & Papinianus in *d.l. 6. & 19. h. & l. 134. de R. J.* Ac ita judicatum memini a Suprema Curia nostra, in causa parentis mei, contra malum debitorem. Hic hæreditatem sibi delatam a propinquo, Sorori, cum qua colludebat, soli in necem creditorum relinquere volebat: sed Notarius, quem adjecrunt, ut ea de re conficeret instrumentum, scripserat, eum cedere suum jus hæreditarium sorori suæ, idque totum in eam transferre, cum simpliciter repudiare debuisset. Cessionis hujus copiam nactus creditor, contendit ad revocationem, & obtinuit eo facilius, quod esset hypothecarius: Nam quia debitor hæreditatem sibi delatam non poterat cedere nisi penitus adquisitam, & hoc ipso tantum quoad aditam, eodem momento creditoris hypotheca generalis illam hæreditatem afficiebat & obnoxiam hypothecariæ reddebat, per *l. ult. C. Quæ res pign.* Nec tamen creditori personali non idem jus competeret ex hoc Edicto Prætoris; secundum ea quæ diximus, & quæ habet Sandius *d. def.* 5. & Thomasius in *scholio*, qui recte respondet ad objectiones, nisi quod ad *l. 45. de Jure Fisci*, non debuit aliam, præter exceptionis causam in favorem Fisci, quærere responsionent. Nam quod ultima verba *d. l. 45. pr.* attinet, *æque enim in omnibus fraus punitur*, ex quibus ille putat. Paulum idem in omnibus statuere creditoribus, eorum non obscure mens est alia. Dixerat, non tantum donando, sed & quovis alio modo, quin etiam non adquirendo alienari; subjicit, *æque in omnibus* supradictis viis fraudem puniri. De creditoribus aliis, οὐδεὶς λόγος, nulla dicendi occasio. (b) Postremo tenendum, quod hæres actione fraudatoria non teneatur, nisi quatenus ad eum pervenit. *l. 10. §. fin. & l. seq. h. t.*

3. An autem hæc actio ad revocanda ea, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, a curatore bonorum movebitur, aut moveri potest? Non videtur, quia curator bonorum, licet a creditoribus petitus, non est Procurator eorum, nec eos repræsentat, sed vices fungitur debitoris latitantis aut deficientis; Unde ei, & in eum actiones dantur; quæ ipsi debitori & in debitorem competunt. *l.* 2. §. 1. *de Curat. bon.* Sand. 1. 3. 1. Atqui debitor, qui ipse fraudem patravit, non habet hanc actionem, sed creditores soli. Cum autem plus commercii sit curatori cum creditoribus, quorum sponte creatus est, quam cum debitore latitante, recte facturi sunt creditores, si dent curatori mandatum speciale, de his quæ in fraudem suam alienata sunt revocandis. Cæterum, etsi curator ille debitoris personam repræsentet, non est tamen ejus curator; ut recte vir nobilis, cujus bonis curator erat dabatur, ut injuriam aliquando sustulerit, quod curatorem habere demonstratus erat. Hæc etiam res commonefactos habeat creditores, ne actiones debitori competentes ipsi instituant, ut notabili exemplo illustrat Sandius *l.* 3. *tit.* 12. *def.* 24.

(b) *Pos.* 8.

LIB. XLIII. TIT. I.

De Interdictis, sive extraordinariis actionibus, quæ pro his competunt.

I. Continuatio. Remissio, & usus tituli. II. Divisiones Interdictorum.

(a) Dictum est antehac de actionibus ad jura, quæ patrimonium nostrum afficiunt, pertinentibus: sequitur nunc de remediis possessoriis quæ non plenum jus tribuunt victoribus, sed tantum efficiunt, ne homines in possessione, hoc est detentione rerum, quæ ad ipsos pertinent, turbentur, aut impediti ut vindicentur. Hæc Interdicta vocantur, de quibus actum ad *Inst. l.* 4. *tit.* 15. & de Possessione, quæ est causa harum actionum *ad t. Inst. de R. D. sub. fin.* Quid item differat jus possessionis a possessione, nec illud esse jus in Re, exposuimus prolixe, ut & quo sensu actiones extraordinariæ appellentur. *d. tit. de Interd.* Etsi autem *interdicta proprie locum* hodie *non habeant, tamen ad exemplum eorum res agitur*, scriptum est in *l.* 3. *C. de Interd.* Quin & quotidiana praxis hodieque, ad similitudinem antiqui ordinis prætorii exercetur, maxime ubi de retinenda possessione quæritur, quod vulgo *maintenue*. Nam quando quis turbatur in sua possessione, statim implorat judicis officium, qui se confert ad locum contentiosum, ibique causa raptim cognita, pronunciat, & turbanti interdicit, diemque præscribit, quo si gravari se putet, judicio experiatur. Prius illud vocatur summarissimum, & posterius summarium, quatenus omne possessionis judicium ejusmodi est, ut *dix. ad Instit. h. n.* 13. Sed quia in plerisque foris judicia possessoria, quando ut actiones introducuntur, ordinariis dilationibus aguntur; hinc magis usitata est distinctio in possessorium plenum & summarium, quam in summarium & summarissimum. Hactenus tamen possessoria plena hodieque summaria esse debent, quatenus in iis semiplena probatio sufficit: nam hæc differentia non est ab ordine procedendi, sed a natura negotii, quæ non est mutata. Diximus *d. n.* 13. & addemus aliquid *ad calcem hujus libri*.

2. (b) Species interdictorum e divisionibus noscuntur, quarum summa hæc est. Sunt vel de vera, vel de quasi-possessione: quæ de vera, sunt vel adipiscendæ, vel retinendæ, vel recuperandæ. *l.* 2. §. 3. Adipiscendæ sunt iterum vel prætoria, vel imperialia. Prætoria, Quorum bon. Quod legat. de tab. exhib. de gland leg. Salvianum, &c. Imperialia, veluti in *l.* 3. *C. de pign.* quod respondet actioni hypothecariæ, quemadmodum actioni Servianæ respondet Salvianum. Aliud est in *l.* 3. *C. de Edict. D. Hadr. toll.* Retinendæ possessionis sunt, Uti possidetis. Utrubi, de Superficiebus, Quod vi aut clam, & de arboribus cædendis, & de migrando. Recuperandæ, sunt civilia vel canonica; Civilia sunt prætoria vel imperialia; Prætoria, ut Unde vi, de Precario, & fraudatorium, quod respondet Paulianæ. *l.* 67. §. 1. *ad SC. Treb. l.* 96. *de Solut.* Imperatoria sunt, in *l.* 5. 6. 7. 8. *pen. & ult. C. Unde vi.* quæ sunt de restituenda ab invasoribus possessione rerum immobilium, & æstimatione earundem. Canonica sunt ex *cap. redintegranda.* 3. *quæst.* 1. Ex *cap. sæpe. de Restit. spoliat.* de quibus ad *d. tit. infr. Unde vi.* Divisiones alias vid. in *l.* 1. & 2. *h. & in Inst.*

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. 5. & 6. (b) *Pos.* 7. 8. 9. 10. 11. & 12.

SCHOLIUM.

Dixerat auctor superius interdicta dari vel de vera, vel de quasi-possessione. De illis hactenus. De quasi-possessione, hoc est 1. de possessione jurium, quorsum spectant interdicta titulorum 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 19. 20. 21 22. 23. 29. 30. *quæ partim sunt retinendæ, partim recuperandæ quasi-possessionis, ut ibidem videre est.* 2. *De possessione custodiæ causa, quo referendum est interdictum tituli* 4.

TIT. II.

Quorum Bonorum.

(a) HOc interdictum a primis verbis, quibus Prætor usus fuit, nomen habens, respondet hæreditatis petitioni, maxime possessoriæ, de qua *lib.* 5. *& ad tit. I. de Interd. n.* 5. In causa testamenti, datur speciale remedium ex *l. ult. C. de Edict.D. Hadr.toll.* per quod is, qui tabulas testamenti septem testibus signatas neque vitiatas ostendit, mittitur in possessionem rerum hæreditariarum, & si contradictor sit, lis quam citissime finienda est. *d. l. ult.* Aliquando etiam res per libellos expediri potest, ut Curiæ nostræ visum, in causa Viduæ & Fratris Hanenburgii. *d.* 12. *Jul.* 1680. Sed propter incertum judicii principalis eventum, fieri debet inventarium, ut in eadem causa placuit. Eundem effectum habet interdictum *Quorum bonorum*, sive e testamento sive ab intestato quis hæres sit, *omnibus frustrationibus amputatis*, *l. f. C. Quorum bonorum.* modo proximum se esse probaverit. *l.* 1. *C. eod. tit.*

TIT. III.

Quod Legatorum.

I. Sententia Interdicti, & an locum habeat in donatione M. C. II. An hoc aut aliud Interdictum detur Legatariis in hæredem.

(a) LEgatarius sponte rem legatam occupans, (sine vi tamen, ne locum habeat sanctio *l.* 13. *Quod met. caus.*) tenetur hoc interdicto, ad restituendam hæredi rem legatam, unde Falcidia detrahatur, *l.* 1. §. 2. modo hæres caveat, legati dodrantem restitutum iri, *l.* 1. §. 16. *& seqq.h. t.* quod in donatione mortis c. dicitur cessare, *l.* 1. §. 5. *h.* ratione reddita, *quia portio Legis Falcidiæ apud hæredem ipso jure manet, etsi corporaliter res in solidum translatæ sunt.* Contra, ex eadem ratione Justinianus ait, hæredem in casu donationis m. c. repetere pecuniam, quæ modum Legis Falcidiæ excedit *quia corporaliter quidem data est, lege autem in patrimonio testatoris permansit. l. pen. C. ad L. Falcid.* Non agit Cæsar de interdicto, sed de rei vindicatione. Cur autem ubi hæc datur, non detur Interdictum? Vix ratio liquet, nisi quod interdictum supponit, rem post mortem esse occupatam; proinde *lex* 1. §. 5. mihi videtur loqui de casu, quo donatario a defuncto res fuit tradita: tum quidem repeti poterit abundans pecunia, sed interdictum cessabit. Quod si donatarius rem donatam sibi non traditam occupaverit, interdicto locus erit, *arg. d.l. pen.* secus ac D. Wissenbachius, qui *l.* 1. §. 5. accipit de casu opposito casui nostro, *th.* 15. *h.*

2. (b) An & legatarius & fideicommissarius, habent interdictum, quo possessionem rei legatæ adipiscantur? Hoc utique præsens interdictum eo non pertinet. Nec ullum aliud in toto jure proditum est. Puto tamen, si legatarius rem legatam possideat sine vitio, & turbetur, habiturum eum Uti possidetis interdictum, per *l.* 8. *Pro legat.* Quod si hæres rem non possideat, forte an legatarius eam sine vitio occupare posset, *d. l.* 8. at non in concursu hæredis, e cujus manu ipse legatum petere debet; etsi enim dominium directe & immediate habeat, *l.* 64. *de Furt.* possessio tamen ab hærede præstanda est. §. 1. *Inst. de Legat.* vid. *l.* 24. *d. R. Vind.* Atque ita visum Curiæ nostræ, in causa celebri Amelandica anno 1682. Qui legatarium seu fideicommissarium singularem se dicebat, is hæredem, quominus in-

(a) *Pos.* 1. 2. & 3. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. & 3.

insulam occuparet, impediebat. Hæres igitur instituit actionem ex interdicto *Quorum bonorum*, cui legatarius per modum reconventionis opponebat actionem quasi ex interdicto *Quod Legatorum*; sed hic tulit repulsam, *argument. eorum quæ dicta sunt.* E contra Nobilis virgo, sine vitio possidens fundum jure fideicommissi specialis, a creditoribus Patris jus hæredis habentibus conveniebatur, ut cederet possessione, fundumque e sua tanquam hæredum manu peteret; sed a Curia in possessione adserta est. *anno* 1681.

TIT. IV.

Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.

I Sententia Edicti. II. Actio quæ ex ea datur.

(a) HOc interdictum est pro iis, qui a Prætore sunt missi in possessionem, propriamque habet naturam. Etenim reliqua sunt de possessione, quam tradit *tit. de adq. poss.* hoc autem est de possessione custodiæ causa, de qua in *l.* 3. §. *ult.eod.* Denique, hoc & de retinenda & de recuperanda possessione est, diverso tamen respectu: retinendæ, quando quis turbare velit missum in possessionem; recuperandæ, cum idem dejectus est. *l.* 1. §. 1. *&* 3.

2. (b) Actio ex hoc interdicto datur pœnalis, quanti ea res est, ideoque annalis est, cum reliquæ in factum actiones de interdictis sint perpetuæ: nec in hæredes transit, nisi quatenus pervenit, excepta Legatorum causa, quæ est perpetua, & datur in hæredes simpliciter, eo quod hi satisdatione interdictum evitare possint. *l.* 1. *pr. &* §.*ult.h.t.* Non semper opus est interdicto; sed Prætor in causa liquida jure potestatis suæ, extra ordinem, decretum suum exequitur, nonnunquam etiam per manum militarem. *l.* 3. *in pr. h. t.*

TIT. V.

De Tabulis Exhibendis.

(a) TAbulas ultimarum voluntatum, is cujus interest, hac interdicto petit exhiberi, seu valeant, seu imperfectæ sint, *l.* 1. §. 3. *&* 5. nempe quod ad solennia juris attinet; nam si visibilis sit imperfectio, ut si tabulæ careant signis, cessat hoc interdictum. *l.* 6. *ad L. Cornel. de Fals.* Datur etiam post annum; in hæredes tamen non datur, nisi & ipsi possideant, aut dolo possidere desierint, in id quod interest. *l.* 1. *pr. l.* 3. § *pen. & ult. h. t. & l.* 12. §. *ult. Ad Exhib.*

TIT. VI.

Ne quid in Loco sacro fiat.

TIT. VII.

De Locis & Itineribus publicis.

TIT. VIII.

Ne quid in Loco publico vel Itinere fiat.

(a) HOrum tit. sensus ex rubricis intelligitur. Dantur enim adversus eos hæc interdicta, qui aliquid locis sacris publicisque, & inprimis itineribus, detrimenti vel incommodi adferunt, partimque sunt prohibitoria, ne faciant, partim restitutoria, ut id quod factum est in priorem statum restituant; danturque cuilibet ex populo.

Lo-

(a) *Pos.* 1. *&* 2. (b) *Pos.* 3. *&* 4. (a) *Pos.* 1. *&* 2. (a) *Pos.* 1. 2. 3. *&* 4.

Loca publica sunt, quorum solum publicum est. Via publica vocatur etiam Regia, & Consularis, Prætoria & Militaris. *l. ult.* §. 1. *tit.* 7. *l.* 2. §. 22. *tit. sequ.* Via privata est, quæ a fundo ad fundum vel a via publica ad privatum ducit fundum. *d. l.* 2. §. 22.

Est & tertia species vicinalium, quæ in vicos ducunt. Hæ sunt publicæ, nisi ex agrorum privatorum collatione sint factæ; tum enim sunt privatæ, licet publico sumptu reficiantur; tamen hæ quoque publicæ habentur, si collatio memoriam hominum excesserit. *l.* 3. *de Loc. & itiner. publ.*

Sub locis publicis, Mare vel Campus publicus hic non intelligitur, quia illæ magis communes, quam publicæ sunt. Qui tamen usu illarum prohibetur, agere potest injuriarum. *l.* 2. §. 9. *tit.* 8.

SCHOLIUM.

Procederet hec ratio quidem de mari ex doctrina Juris Romani, §. 1. inst. de R. D. *sed quomodo de campo publico eadem procedere valeat, non video. Ergo verius est, rationem* d. l. 2. §. 9. *in eo consistere, quod Pretor in edicto non locutus fuerit de ejusmodi factis, qualia ibidem proponuntur, sed de facto, quod opus post se relinquit. Unde etiam non male Wissenbach.* h. t. th. 21. *loqui JCtum de interdicto directo. Dari autem etiam in his casibus interdictum utile, argumento est* d. l. 2. §. 8.

RESPONSIO.

Ulpianus conjugit hæc, piscari & navigare in mari, ludere in campo publico, lavare in balneo, spectare in theatro, que omnia, quod ad usum singulorum attinet, communia magis quam proprietatis publicæ esse videntur. Quid alioquin inter mare & campum intersit, non nescimus videlicet. Utile interdictum, in §. 8. *præcedenti certis speciebus applicatur; mox abruptum de eo silentium & negatio interdicti simplex, illud prius, in* §. 9. *utile dictum, satis excludit.*

N. ADDIT.

In loco publico Prætor prohibet ædificare, & ideo interdictum hujus tituli propositum est. l. 1. t. 8. *Actus autem* l. 1. §. 9. *memorati, non pertinent ad ædificandum vel quid simile. Actus in* §. 8. *etsi non sit ædificatio, tamen est aliquid simile. Unde hic interdictum utile datur, in* §. 9. *saltem actio injuriarum. Ergo jam expungatur in Scholio versiculus.* Unde etiam non male, &c. *Ipsa Scholii observatio contra Auctoris falsam rationem firma manet. Nec quidquam respondetur, quod ulteriorem dispositionem mereatur. Etsi enim Ulpianus hic mare & campum publicum conjungat, tamen evidens est, rationem legis non esse quærendam in natura horum locorum, sed in actibus.*

TIT. IX.

De Loco publ. Fruend.

(a) PEr hoc defenduntur conductores publici, maxime agrorum, ne quis turbet eos in jure suo exercendo.

TIT. X.

De via publica, & si quid in ea factum esse dicatur.

TIT. XI.

De Via publica & Itinere publico reficiendo.

(a) HÆc prohibitoria sunt, ne quis impediat eos, qui viam publicam reficiunt, quod unicuique juxta suum prædium incumbit faciendum; ipsis Dominis, non conductoribus, ut apud nos fere. *L. un.* §. 3. *tit.* 10. In eum, qui viam publicam *rejecit*, id est amovit, in hunc viæ rejectæ actio datur. *l. fin. tit.* 11. Viam publicam præscriptioni exemptam esse, docet *l.* 2. *tit.* 11.

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. 2. & 3.

TIT.

TIT. XII.

De Fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur.

TIT. XIII.

Ne quid in Flumine publico fiat, quo aqua aliter fluat, atque uti priore æstate fluxit.

TIT. XIV.

Ut in Flumine publico navigare liceat.

TIT. XV.

De Ripa munienda.

(a) HÆc interdicta sunt prohibitoria in eum sensum, quem Rubricæ præferunt. Extenduntur etiam ad lacus, fossas, & stagna publica. Lacus est, quod perpetuam habet aquam, Stagnum quod temporalem, Fossa receptaculum aquæ, manu factum. *l. un.* §. 3. 4. 5. *Ut in flum. publ.* Porro ripam agrumque suum juxta flumen munire cuilibet licet, modo navigationem deteriorem ne faciat, & de damno infecto in annos X. caveat. *l. un. pr.* §.1. *&* §. *dubitur.* 4. *de Rip. mun.*

TIT. XVI.

De vi & de vi armata.

Remissio, & Remedia juris Canonici huic adfinia.

(a) HUjus Interdicti expositionem dedimus ad *tit. Inst. de Interd. n.* 12. Copia hujus remedii prompte datur, antequam de proprietate quæratur, juxta dictum juris Canonici *Spoliatus ante omnia restituendus. cap. sæpe. X. de Rest. spoliat.* juri civili æque consentaneum. *l. 6.* §. 1. *C. Unde Vi.* Remedium ex *d. C. sæpe.* in eo distat ab Interdicto Unde Vi, quod etiam adversus tertium possessorem datur.

(b) Imo habent Pontifices aliud locupletius, ex *can. redintegranda. caus.* 3. *Quæst.* 1. quod datur de recuperanda possessione tam mobilium quam immobilium rerum, etiam sine vi adepta possessione, & contra tertium quoque, non tamen bonæ fidei possessorem, maxime habentem causam ab auctore non vitioso. Gail. 2. *obs.* 75. *n.* 11. Sand. *l.* 5. *t.* 4. *def.* 1. *vers. nec huic*. In Frisia contenti sumus jure civili, neutrum Juris Pontificii remedium usurpamus. Sand. *d. loc.*

(c) Datur & petitorium ex causa violentæ invasionis judicium, de damno dato in duplum. *l. 7. C. Unde Vi.* Datur & condictio possessionis ei, qui sine vi possessionem amitit, *l.* 15. §. 1. *de Cond. ind.* ubi varia exempla, & est aliud in *l.* 12. §. 1. *de Condict. Furt.*

TIT. XVII.

Uti possidetis.

Remissio, & an non possidenti detur Interdictum.

(a) HOc interdictum tuetur possessorem rei immobilis, non possidenti non datur. *l.* 1. § 4. *h.* Opp. *l.* 3. *pr.* (*a*) Qui non possidet, (*b*) est superior hoc interdicto. Resp. id

(a) *Pos.* 1. 2. *&* 3. (a) *Pos.* 1. 2. *&* 3. (b) *Pos.* 4. *&* 5. (c) *Pos.* 6. *&* 7. (a) *Pos.* 1.

id ita est, (c) si ego turbavi eum, qui vitiose a me possidebat; tunc enim mihi quidem non datur interdictum, sed ipso interdictum implorante, sum superior. vid. Wissenbach. *a l tit. de Vi & vi arm. th.* 1. Reliqua pete ex *d. tit. Inst. n.* 8. & *seqq.*

SCHOLIUM.

(*a*) *Verbis*: Si quis proponeret possessionem justam & injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; Si a me possides, superior sum interdicto: Si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam & tu possides, & ego.

(*b*) *Sed textus hic plane non obstat. Nequaquam enim dicitur ibidem, quod non possidens superior sit hoc interdicto, sed potius contrarium ostendunt verba modo adducta.*

(*c*) *Ergo non opus est, ut concessa ista assertione, aliud effugium quæramus cum Auctore.*

RESPONSIO.

Locus ille, quem Thomasius excerpsit, est obnoxius huic quæstio, quo pacto plures in solidum eandem rem possidere queant, quod negat fieri posse Paulus in l. 3. §. 5. de Adqu poss. *Contrarium in hac* l. 3. pr. *supponitur. Ea res quam varie explicetur, videri potest apud Glossam* in d. l. 3. *Nec id jam prolixius exequi consilium fuerat: Quod est extra controversiam, excerpere contenti fuimus. Si possessor violentus a dejecto turbatus, interdictum imploret, dejectum esse superiorem, palam est Quod Thomasius ait, dejectum, eo quod dejicientem turbavit, adeptum esse possessionem, nihil est, cum ex rei natura, tum verbis textus, quibus ille, quem alter vi dejecit, adhuc possidere dicitur, quod non faceret, si ab altero dejectus, eo quod turbatus, etiam possessione privatus esset.*

N. ADDIT.

Ergo putat Auctor, legem, de cujus explicatione loquimur, loqui de eo, qui per vim dejectus est a possessione, & postea vi dejicientem iterum turbat. Sed hic casus non potest in verbis legis subintelligi. Nam vi dejiciens justum possessorem, vincit hunc interdicto recuperandæ possessionis unde vi, si hic illum ex intervallo iterum vi dejecerit. l. 3. §. 9. l. 17. unde vi. *Cur ergo non vinceret etiam in interdicto retinendæ possessionis dejectum, si hic eum saltem turbaret. Ergo verius, textum loqui de casu, ubi quis possessorem justum per vim in possessione sua turbavit, sic ut non ejecerit eum ex fundo vel domo, sed tamen contra ejus voluntatem simul possessionem in fundo vel domo apprehenderit.*

(b) Qui victus est in possessorio, is non potest appellare, *l. un. C. Si de mom. poss.* sed ad petitorium transire debet. Interim sententia hujus interdicti minime est interlocutoria, sed definitiva. *l.* 35. *de Adq. poss. l.* 13. *C. de R. V. l.* 3. *C. de Interd.* At in foro secundum jus Canon. appellatur in Interdictis, quoad ad devolutionem cognitionis, non etiam quoad ad suspensionem executionis attinet. *cap. ex conquest. de Restit. spoliat. & C. significaverat. X. de Testib. C. Un. clem. t. de sequestr. poss.*

TIT. XVIII.

De Superficiebus.

(a) Superficies hoc loco est ædificium in solo alieno, cujus tuendæ causa datur interdictum Uti possidetis, quemadmodum & utilis in rem actio. *l.* 1. §. 3. *h. t.*

SCHOLIUM.

Non tam tuendæ superficiei causa quam juris superficiarii interdictum datur. Quomodo vero superficies & jus superficiarium differant, & quomodo hoc adquiratur, vid. Strauchium apud Schilter. Ex 47. th. 62. p. 355. seqq.

RESPONSIO.

Contentis esse licet, opinor, nobis, cum Prætore loqui. Sic ille, ut superficie fruimini, quominus fruamini, vim fieri veto. l. 1. in pr. *Rursus*, si actio de superficie dabitur, vim fieri veto. §. 3. *Jus superficiei nihil est aliud, credo, quam facultas, qua superficies ad nos pertinet. Hæc facultas est res incorporalis, quæ non possidetur.* l. 3. in pr. de Adquir. poss. *Judicia possessoria proprie quidem sic dicta, ut superius intellectum est, non de rebus corporalibus; & propterea, quod de superficiebus est proditum, de ipsis est, non de jure*, quod sit νῷ καταλαμβανόμενον, mente comprehensum, *ut noster ait Theophilus ad t. I. de Obl.*

N. ADDIT.

Mihi vero liceat verba Prætoris & legum exponere. Superficiei vox usurpatur de re corporali partim, partim de jure incorporali circa *hanc rem*: Frui *superficie*, *de re corporali* non

(b) *Pos.* 2. 3. & 4. (a) *Pos. un.*

non fungibili, qualis est omnis superficies, non dicitur, sed fruimur rebus vel fungibilibus mobilibus, vel juribus: Ergo frui superficie, est frui jure, quod in superficiem competit. Eadem est ratio actionis de superficie. & *de dominio rei superficiariæ. Porro etsi res incorporalis non possideatur, tamen quasi possidetur, quod ad interdicta sufficit.*

TIT. XIX.

De Itinere Actuque privato.

(a) HUic Interdicto speciale est, quod non tantum detur ad tuendam quasi-possessionem itineris vel actus, sed quod etiam de jure pleno & quasi de proprietate competat. *l.* 3. §. 13. & *l.* 5. §. *pen. h.*

SCHOLIUM.

Quatenus nimirum de refectione itineris non impedienda prospicit. Datur enim in hoc titulo duplex interdictum, unum de usu itineris tuendo, l. 1. pr. h. *Alterum de itinere reficiendo, l.* 3. §. 11. eod.

RESPONSIO.

Quid est in eo proprietatis, ut iter reficiatur, cum idem in servitute de Cloacis, de rivis, & similibus, ubi causa proprietatis nulla verti dicitur, sit proditum. l. 1. de Rivis. l. 1. de Cloacis? *Equidem singularitas illa servitutis hujus, satis est notabilis; Cum enim a reliquis judiciis possessoriis sit transitus ad petitoria, hoc interdictum, utramque continens causam, ejusmodi transitum ignorat. Nam qui hoc utitur, duas res docere debet, & hoc anno se usum, & ei servitutem competere, ut docet Ulpianus* in l. 3. §. 13. h. t. *Hoc autem infert exinde, quoniam actor hic agit, sibi esse jus reficiendi. Quare autem cum in aliis servitutibus Pretor etiam tueatur reficientes, in illis Interdictis non æque jus proprietatis infertur? Dixerim, quia jus reficiendi hic propria actione, post interdictum de usu & quasi possessione itineris obtentum, petitur, ideoque distinctum a possessorio, vim habet petitorii: In cæteris refectio primitus, ut exercitium & quasi-possessio servitutis permittitur. Singularitas igitur, liquide loquendo, hæc est; quod non sufficit hic, possessionem docere, sed etiam jus principale servitutis probandum est.*

N. ADDIT.

Vides igitur Auctorem non dissentire a Scholio, uti verba initialia responsionis videbantur præ se ferre, sed saltem explicare, & positionem pariter suam, & scholium meum.

TIT. XX.

De Aqua quotidiana & æstiva.

TIT. XXI.

De Rivis.

TIT. XXII.

De Fonte.

TIT. XXIII.

De Cloacis.

(a) HIs titulis traduntur Interdicta, quibus prohibentur, qui usum fontis, rivi, cloacæ, aut aquæ quotidianæ & æstivæ impediunt. Quotidiana aqua est, qua assidue utimur, Æstiva, qua æstate tantum. *l.* 1. §. 3. & 4. *tit.* 20. Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrit. *l.* 1. §. 2. *tit.* 21. Cloaca, locus cavus, per quem colluvies quædam fluit. *l.* 1. §. 4. *tit.* 23.

TIT.

(a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.*

TIT. XXIV.

Quod vi aut clam.

I. Sententia Interdicti. II. Quibus detur. III. Contra quos. IV. Exitus judicii.

(a) QUi in alieni juris solo, vi aut clam fecit opus, is hoc interdicto cogitur restituere, hoc est removere opus factum, cum fructibus & eo quod interest. *l.* 11. §. 4. *& l.* 15. §. 7. *h. t.* Vi facit, cui denunciatum est, ne faceret; clam, qui, cum deberet, non denunciavit. *l.* 1. *pr.* §. 2. *&* 5. *l.* 3. §. 7. *& seq.* Ad *superficiem*, ut sunt fructus arborum, non pertinet hoc interdictum. *l.* 7. §. 5.

SCHOLIUM.

Mallem dicere: ad fructus arborum & aliam rem mobilem, non pertinet hoc interdictum. *l.* 7. §. 5. *l.* 20. §. 4. *l.* 9. §. 1. *l.* 10. *h. Nam ad superficiem, quæ solo cohæret, & quæ descripta est in tit. præced.* 18. *omnino spectat hoc interdictum.* d. l. 7. §. 5. 9. 10. l. 8. l. 9. pr. §. 2. & 3. l. 10. eod.

RESPONSIO.

Eo quod opus in solo factum hoc interdicto prohiberet, initio diximus, satis intellectum est, ædificia comprehendi. Potest tamen abesse superficiei mentio, hoc quidem loco, vel dic, superficialia ut, &.

N. ADDIT.

Superficialia fero, superficiem hic ferre nequeo. Et videtur auctor antea sensisse, superficiei *vocem in jure sumi pro fructibus superficiei, unde in titulo præced.* 18. *phrasin frui superficie, exposuit de re corporali, cum tamen frui proprie de frugibus dicatur.*

2. (b) Datur hoc ei cujus interest opus non esse factum, *l.* 11. §. 10. 12. *& ult. l.* 13. *pr.* §. 3. *&* 4. etsi non possideat, *l.* 16. *in pr. eod.* adeoque & hæredi. *l.* 13. §. 5. In hæredem, & post annum, quatenus pervenit. *l.* 15. §. 3. Locator ex facto conductoris non tenetur, sed actionem adversus eum cedere debet. *l.* 15. §. 1.

3. (c) Datur, inquam in eum qui opus fecit, aut jussit, vel cujus familia fecit, *l.* 5. §. 8. *l.* 7. §. 1. *eod.* etiam in hæredes, *d. l.* 5. §. 9. at semper adversus possessorem operis, *l.* 15. *pr.* idque sive jus habuerit opus faciendi, sive non habuerit; sufficit enim, vi vel clam fecisse; contentus esse debuerat suum jus tueri. *l.* 1. §. 2. *h. t.*

4. (d) Intentio, scilicet actoris, heic est, ut reus suis sumptibus quod factum est restituat, hoc est, in antiquum statum reponat, destructo opere, quod vi clamve fecerit; hoc ita, si reus possideat opus: si non possideat, curare debet ut a possessore restituatur, cum fructibus & eo quod interest. *l.* 11. §. 4. *l.* 15. §. 7. *& ult. & l.* 16. §. *ult. h. t.* Datur, etsi Præses opus in loco publico fieri permiserit, *l.* 3. §. 4. *h. t.* quia, ut apud Ulpianum ex Nerva, *etsi ei locorum publicorum Procuratio data est, Concessio data non est.* Nam concedere, ut mutatio fiat in locis publicis, excedit modum administrationis Præsidi datæ. Ac ita judicatum memini in Suprema Frisiorum Curia, cum prætor cuidam incolæ, suæ Præturæ, concessisset aliquid mutationis facere in fossa publica, eamque rejicere, id est submovere paulisper, vicinorum aliquis se opponens ex hoc Edicto, tenuit, ut opus restitueretur, *in causa J. de Kingma, contra J. V. W. non ita pridem.*

TIT. XXV.

De Remissionibus

(a) HUjus Rub. sententiam habuimus in Tit. *de Operis Novi Nunciatione.* Superius videlicet interdictum cessat, ubi nunciatio, quo alius vi clamve faciat opus, remissione sublata est. *l.* 7. §. 2. *Quod vi aut clam.*

TIT.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 5. *&* 4. (a) *Pos. un.*

TIT. XXVI.

De Precario.

I. Quid Precarium, & discrimen a Commodato. II. Cui, contra quem detur, III. An actio civilis hinc detur. IV. Aliud singulare.

(a) HOc interdictum datur ad repetendum id quod datum est hac lege, ut reddatur quandocunque libet concedenti. Nam Precarium est, quod precibus utendum petenti conceditur, donec is qui concessit patitur. *l.* 1. *pr. & l.* 2. *h.*

SCHOLIUM.

Differentias Precarii & Commodati, vide apud Wissenbach. h. t. th. 12. *quas inter reliquas desumptæ sunt a notabilibus utriusque pacti; ista sola vero essentialis est, quod in Commodato res ad certum tempus vel finem conceditur, in Precario vero, quamdiu concedens velit. Ergo si prius promissum sit, recte infero, commodatum subesse, sin posterius, erit precarium.* l. 1. pr. & 2. §. 2. h. t. l. 5. pr. & passim ff. Commodati. *Quid ergo est quod Celsus dicit: si ita aliquid datum fuerit*, ut alter id in Calendas Julias precario possideat, l. 12. h. *nullam vim esse hujus conventionis? Videtur enim utique, hic commodatum fuisse contractum, ideo quod tempus in promisso determinatum fuit. Sed respondeo; ita quidem dicendum foret, si modo dictum fuisset, rem alteri utendam dari, ut eam in Calendas Julias possideat. At dum additum fuit, ut* precario *possideret, apparet, partes non commodatum, sed precarium voluisse celebrare. Quoniam igitur contra essentiam precarii est, ut invito domino rem alienam possidere liceat, ideo etiam hoc pactum effectu destituitur, non aliter ac in pignore pactum de re non alienanda.* (1)

Denique culpam, nota, latam hic præstari dumtaxat. *l.* 8. §. 3.

2. (b) Interdictum & hæredi, & in hæredem datur, *l.* 8. § *ult. l.* 12. §. 1. quanquam jus precarii apud hæredem non intelligitur esse, *d. l.* 12. §. 1. cum qua confer. *l.* 4. *Locat.*

SCHOLIUM.

Neque hoc novum est. Nam sic & mandatum extinguitur morte mandantis aut mandatarii, & tamen actio mandati transmittitur ad hæredes.

Quin & novo domino, re alienata, competit, etiam, ut videtur, adversus tertium. *l.* 8. §. 2.

SCHOLIUM.

Sed quis hoc loco ille tertius? An is, cui a primo rem precario possidente iterum eadem precario concessa fuit, an alius.

RESPONSIO.

In hac quidem specie Tertius, est possessor novus prædii, cujus respectu Precarium fuit concessum. Adversus hunc datur Interdictum, non modo ipsi concedenti, sed etiam novo possessori domus, contra quam est precarium. Ita ut Interdictum detur tertio, & contra tertium. d. l. 8. §. 2. *Atque ita memini esse judicatum.*

N. ADDIT.

Responsio æque obscura, si non obscurior, quam locutio præcedens generalis Vix enim ex responsione possis casum formare, ad quem verba Auctoris possis exacte explicare. Ceterum videtur voluisse dare casum aptum ad d. l. 8. §. 2. *quod nempe detur interdictum ei, in quem res alienata, tanquam tertio, contra precario habentem, tanquam etiam contra tertium. Sed quis ita explicaret illud* etiam ut videtur, *cui scholium erat adjectum, si non accessisset interpretatio Auctoris authentica?*

3. (c) Actio civilis de precario nulla competit, quia non est contractus. *l.* 14. Actio quidem præscriptis verbis datur in *l.* 2. §. 2. *in f.* at hæc non est e contractu innominato, sed ex bono & æquo, cujusmodi vagæ & extraordinariæ præscriptis verbis actiones dantur, ut ad *tit. de præscr. verb.* diximus. Si res non restituatur, fit condemnatio, quanti actoris interest, cum omni causa, ut ad *tit. de Præscr. verb.* diximus, & cum fructibus a tempore interdicti. *d. l.* 8. §. 3. 4. & 5.

4. Qui

(a) *Pos.* 1. & 5. (b) *Pos.* 2. & 3. (c) *Pos. un.*

(1) *Hoc pactum precario adjectum*, ut in Calendas Julias precario possideas, *neque est contra essentiam precarii, neque suo effectu destituitur, licet verum sit quod eo non obstante, ante Calendas repetere possit precarium is qui concessit, idque est quod Celsus ait in* l. 12. h. t. nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. *Sed conventio hoc efficiet, ut post Calendas Julias finiatur precarium, &, si dominus patiatur precario rogantem ultra possidere, de novo precarium concedere intelligetur: item, si maneat adhuc precario, tu in ulterius tempus rogaveris, prorogetur precarium.* l. 4. §. ult. l. 1. l. 6. pr. h. t. *Vide Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 4. cap. 12.

4. Qui jus sibi Lege civitatis aut ex Lege Naturali competens exerciturus, per juris ignorantiam, petit hoc precario a vicino suo; quæsitum est, an, si alter Precarium revocet, hic etiam jus, sibi altero quoque invito competens, amittat. Magis est, ut nullius momenti sit precarium, *arg. l.* 12. *in pr. h. t.* qua de re speciem facti dedimus *ad tit. de Servit. Urb. n.* 7. *pag.* 306. *part. præced.*

TIT. XXVII.

De Arboribus cædendis.

(a) HOc interdicto defenditur is, qui arbores alienas in ædes suas propendentes succidit. *l.* 1. *pr.* Nisi enim dominus arboris id faciat monitus, vicino, cui arbor nocet, permittitur eam exscindere, lignaque tollere, * *d. l.* 1. §. 2. sed in agris ferenda est arbor aliena, modo non minus quindecim pedibus in altum distet a fundo vicini. *d. l.* 1. §. 7.

Datur hoc Interd. etiam fructuariis, §. 4. & pluribus Dominis, singulis in solidum. §. 5. Succidere autem hic est arborem a stirpe exscindere, quod licet vicino, si dominus non adimat in tempore, quod superexcrevit. §. 2. *h.*

TIT. XXVIII.

De Glande Legenda.

(a) PRohibentur hic impediri qui fructus ex sua arbore in alienum fundum prolapsos, tertio die tollere satagunt. ** Per glandem quilibet fructus intelligitur. *l. un.* §. 1. *h.* Alienum quidem non licet ingredi invito domino, *l.* 16. *de servit. rust.* at ob rem suam recuperandam licet. *h. l.* & *l.* 15. *ad Exhib.*

TIT. XXIX. & XXX.

De Hom. lib. exhib. & de Lib. exhib. item ducend.

(a) PRius interdictum datur omnibus, ad exhibitionem liberorum hominum. *l.* 3. §. 9. Posterius solis patribus datur, propter liberos in potestate eorum constitutos, quanquam ob gravem causam mater præferri potest. *l.* 1. §. 3. Uxorem quoque a marito prætextu patriæ potestatis hodie pater abducere non potest. *l.* 1. §. 5. *h. t.* Olim secus erat. Cujac. *parat. h.* Quin hodie maritus ad exhibendam ducendamque uxorem, adversus socerum agere potest. *l.* 2. *h.* & *l. ult. C. h. t.*

TIT. XXXI.

De Utrubi.

(a) HOc interdictum nihil differt ab Uti possidetis, nisi subjecta materia, quæ hic est de mobilibus, illic de immobilibus rebus. *tit. Inst. de Interd. n.* 8.

TIT.

(a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. & 2. (a) *Pos. un.*

* Jure nostro, vicino potestas tribuitur ramos arboris propendentes succidendi. *a LR. l.* 2. *art.* 52. *Wb. art.* 126. Carpz. p. 2. *C.* 52. *d.* 21. Schœpffer *Synops. Jur. tit. d. arbor. cædend. n.* 2. interim cum interdictum de arboribus coercendis sit pinguius & facultatem evellendi arborem concedat, in Saxonia pro abrogato haberi nequit. Phil. *Us. Pr.* 2. *l.* 2. *Ecel.* 13. *nom.* 2.

** Hujus interdicti apud nos usus deficit, cum fructus ex arboribus in vicini fundum decidentes, ipsi statim adquirantur, adeoque reperi nequeant. Carpz. *d. def.* 21. *n.* 4. Coler. *dec.* 23. Eck. *Comp. ff. tit. de gland. leg.* §. 2. J. Hahn. *ad Wes. d. tit. verb. Jur. Sax.*

TIT. XXXII.

De Migrando.

(a) Inquilinus, qui soluta mercede, a Domino prohibetur res suas exportare, quæ pignori pro mercede obligatæ sunt; mercede jam soluta vel oblata, habet hoc interdictum, *l. 1. pr. & §. 1.* estque perpetuum, daturque hæredi & in hæredem. *l. 1. §. ult.* Si gratuita sit habitatio, competit utile interdictum *l. 1. §. 3.*

TIT. XXXIII.

De Salviano Interdicto.

(a) Interdictum Salvianum, nomen habens sine dubio a *Salvio* Juliano, (1) datur domino fundi ad petendas res Coloni in fundum, pignoris nomine illatas, *l. 1. h.* atque respondet actioni Servianæ, eo modo iisque limitationibus, quas habuimus ad *tit. Instit. de Interdict. num. 6.* ubi quid sibi velit hoc interdictum, vide latius ad *d. t. n. 6. & seqq.*

EPILOGUS.

Habuimus Interdictorum, quæ jus civile novit, species, in quarum singulis videndum de utrum sint de vera vei de quasi possessione, de adipiscenda, retinenda, vel recuperanda possessione, utrum prohibitoria, restitutoria vel exhibitoria: Utrum præsens tempus vel præteritum spectent, simplicia sint an duplicia, & præterea, quibus & contra quos competant cujusque rei gratia, quidve in condemnationem veniat: quæ non tulit occasio, ut in singulis explicaremus, nec adeo res ubique illam accurationem exigere visa est.

Porro omnibus interdictis id est commune, quod sint actiones extraordinariæ, ut jam *ad tit.* 1. dici occupatum est, adeoque omnis causa possessionis celeriter, summatim omnibusque frustrationibus amputatis cognosci & absolvi debet. *l. 8. C. Unde vi. l. un. C. Si de moment. poss. l. 3. C. de Interd. l. 13. C. de R. V. & l. ult. C. Quor. bon.* Hinc distinctionem Judicii possessorii in Summarium & Ordinarium a Doctoribus traditam, inque Foro receptam, improbant plerique. Donell. *in d. l. 8.* Cujac. *in l. Si Colonus. 14. C. de Agric. & cens. l.* 1. *obs. 20.* Sarmient 2. *sel. interpr.* 23. Wissenb. *ad tit. de Interd. n.* 11. Tu videsis, an, si recte divisionem & usum ejus percipias; cum usu juris Rom. non possit conciliari. Primo enim, qui in possessorio violatus erat, implorabat interdictum. Hoc Prætor causa raptim cognita interponebat. Si reus pareret, bene erat; si nollet, aut Prætor in causa liquida manu rem exequebatur, *l. 3. in pr. Ne vis fiat ei qui in poss.* aut, si res dubia videretur, judicem dabat. *l. 21. Quod vi aut clam.* Poterat etiam actor, si mallet, omisso interdicto, ex continenti actionem juris ordinarii instituere. *d. l. 3. §. 1.* Donec jure novo interdicendi formula abiit in desuetudinem & judicia possessoria ad instar aliarum actionum constituta sunt. *d. l. 3. C. de Interdict.* Ut mihi videtur, mores hujus seculi propius ad jus antiquum redierunt. Quid enim *summarissimum*, quod hodie vocant Judicium Possessorium, aliud est, quam Interdictum, quo Prætor partibus ad se vocatis & causa raptim cognita, procul a tribunali sine forma judicii, Interdictum emittebat. Eodem enim modo Judex hodie, a turbato in possessione imploratus, celeriter se confert in locum contentiosum, ibi partibus vocatis, re inspecta, testibusque auditis, interdicit; facta copia judicii, si pars altera se læsam putet, ordinarii: Ad quod se partes consequenter recipere possunt. Quod si turbatus in continenti ordinaria via possessoria procedere velit, est in ejus arbitrio, ut jure civili unice comparatum videtur.

Hoc

(1) *Vide Ampliss. van Bynkershoeck.* observat. lib. 1, cap. 24. *ubi disputat, Salvium Julianum non videri auctorem hujus interdicti.*

(a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.*

Hoc autem, quod respectu illius summarissimi judicii, maximeque *extraordinarii*, vocatur a Doctoribus ordinarium & plenum, nihilominus est *summarium*, ut etiamnum vocatur, atque etiam *extraordinarium*, respectu judiciorum petitoriorum, idque ratione probationum & temporis, uti e textibus *supra* adductis evidentissimum est. Quod attinet ad causæ cognitionem, satis hodieque observatur, ut probatio facilior in pleno possessorio sufficiat, quam in petitorio requiritur. Sed temporis ratio non æque attenditur; iisdem enim dilationibus causæ possessoriæ, quibus petitoriæ, agi & disceptari solent. Quæ res ita forte non invaluit usu, quin, si actor peteret brevioribus terminis jus sibi dici, id ei denegari non posset, qua de re latius actum in *Jurispr. hodierna part.* 2. *lib.* 2. *c.* 12.

Cæterum, in quæstionibus Adipiscendæ Possessionis, forma Interdicti, quod viderim, non usurpatur: Sed est res ordinarii processus possessorii, quem proinde hæredes ejus, qui novissime possedit, instituere solent; ut factum in causa superius dicta Amelandica. Nec tamen, si utrumque esset indubitatum, scilicet defunctum possedisse, & hæredem esse qui agit, Interdicti formam, id est, summarissimum negari posse judicium, existimarem: Quia non tantum hoc datur in causis retinendæ, sed etiam recuperandæ possessionis vel maxime. Nam pleræque contentiones summarissimæ, suspiciuntur adversus eos, qui per vim vel clam possessionem occupaverunt, modo cis annum, quia Interdictum *Unde vi* est annale; raroque fit, ut Actor, qui Interdictum in forma, quod Gallica voce Nostri promiscue *Maintenue* appellant, impetrat, tempore litis contestatæ possideat, quod in remediis retinendæ possessionis requiritur. Verum semper ita fere usu venit, ut Reus sit in possessione præsenti, quam vi vel clam occupaverit. Unde liquet, falli per significationem vocis illius Gallicanæ, eos, qui hoc genus judicia credunt esse propria retinendæ possessionis; conveniunt etiam recuperandæ, cujusmodi fere sunt omnia, quæ frequentissime apud nos exercentur, adeoque etiam posse applicari casibus adipiscendæ possessionis, non videtur esse dubitandum.

Nempe hæres potest uti interdictio, inquam adipiscendæ possessionis, non retinendæ, quia possessio ad hæredes non transit, apud nos, & jure Civili, *l.* 23. *pr. de Adqu. poss.* quod & in Germania servatur, teste Gailio *l.* 2. *obs.* 129. *num.* 7. cui tamen nescio, an per omnia adsentiri possim. Ait enim, nec recuperandæ possessionis interdictum hæredibus dari: quod est contra expressam juris civilis auctoritatem, *l.* 1. §. 44. *de Vi & vi arm.* & contrarium probavimus *ad tit. Inst. num.* 9. Ait, hæredem non nisi petitorium habere contra possidentes; Cui bono igitur Interdictum Quorum bonorum, quod datur utique adversus possidentes? *Tot. tit. D. & C. Quor. bonor.* Nec Curia nostra dubitat Possessorium hæredibus dare, quod dedit in causa sæpe dicta Amelandica, nec alias semel; Adipiscendæ, inquam. Recuperandæ non venit usus, quod sciam. Quod si maxime concedatur, Recuperandæ interdictum hæredibus non dari, defuncto vi dejecto; non sequeretur tamen, Petitorio tantum esse locum; quia saltem adipiscendæ hæredi non posset negari; quod est Quorum Bonorum, & quod datur etiam contra Possessores rerum singularum, exemplo hæreditatis petitionis. *l.* 2. *& l.* 3. *C. Quorum bonorum.*

In bene constitutis Rebuspubl. non sunt admodum frequentes ejusmodi lites possessoriæ, inprimis de vi, super ipsis rebus soli, agris, atque domibus; pleruinque circa servitutes rusticas & urbanas, aliaque jura, ventilantur apud nos quidem, ubi prompta domi Justitia peremptoria, secus ac iis in locis, ubi Judicialis vigor, Imperii divisione, appellationibusque longinquis enervatur; Exemplo sit Frisia orientalis vicina, ubi in executione Interdicti super agri Vineriensis possessione, Prætor Vir generosus & multis magnisque periculis belli destinctus, occubuit, (inaudita res in hisce Provinciis) *anno* 1660.

Denique, Ordinarium Possessorium apud quemlibet ordinarium judicem instituitur: Sed *interdictum* in forma cum inhibitione solenni, non nisi apud Supremam Curiam impetratur, & est magni moliminis ac sumptus; cujus minuendi causa fieri potest, ut loco Judicis ipsius qui interdicat, apparitor Curiæ se conferat ad locum contentiosum, ibique partibus & testibus auditis, ad Curiam referat, quo secundum acta ejus interdicatur: Id nostrates vocant, mandatum ad *apparendum*, *op een Blycken lib.* 3. *Stat. Fr. tit.* 5. *n.* 6. In rebus facilioris expeditionis, & minoris momenti, sæpe fit, ut libellus supplex offeratur, auditisque summatim partibus possessorium disponatur. Apud inferiora dicasteria solet etiam

peti,

peti, ut delegati judices veniant in locum contentiosum, ubi habita inspectione de possessorio, absque inhibitione solenni pronunciant, a quorum dicto potest appellari. Receptum enim est passim, ut in possessorio gravatus etiam appellare queat, ex sententia juris Canonici *superius*, exposita, quanquam apud nos ab Interdicto in forma, per judicem delegatum Supremæ Curiæ editum, appellari nequeat, convenienter juri Rom., sed ejus loco fungitur remissio ad judicium possessionis ordinarium. Potest etiam implorari Judicis Officium, summi vel inferioris, ut is mandatum emittat, quo adversarius ab incepto turbandæ possessionis, sub pœna certa, desistat, non tamen ultra sex florenos ab inferiore judice constituendos, apud nos; Curiæ Supremæ nulla summa præscripta.

Inter res hujus generis quotidianas est, quod coloni & inquilini, sæpe non tantum adversus exteros sibi adferunt possessionem, sed etiam adversus ipsos dominos in hac specie; Dominus obnunciat colono suo vel inquilino, cum mandato, ut recedat. Colonus ait, suum tempus nondum esse finitum, eaque de re lis agitatur summaria quidem, sed quæ aliquando finiri non potest, ante tempus migrationis & mutationis ordinarium, quod est S. Petri ad Cathedram, vel Calendis Maji. Colonus interim manet, ut cui ante sententiam non sit præjudicandum; dominus vult occupare fundum aut domum. Hinc certamen quasi Possessorium. Consultus semper respondi, non esse hærendum, quin dominus in possessorio sit præferendus: quia colonus non possidet, sed est in possessione nomine domini. §. *possidere autem*. 5. *l. de Interdict.* Ægre obtentum est in Foro, ut coloni adversus exteros Interdicta impetrent, procul a ratione Juris Civilis, ut nos suo loco, & Sandius demonstrat *lib.* 5. *tit.* 14. *def.* 2. Non est hoc addendum insolentiæ conductorum, ut possessionis jure, quod non habent, utantur adversus eos, quorum instrumenta sunt possidendi. Plane si judici clare liqueat, dominum sine causa gravem esse colono, nec esse dubium, quin tempus conductionis adhuc duret, non est recusandum Judicis officium *malitiis resistendi*, ut si manifesta sit inquam, perfidia, non neget colono præsidium, juxta præscriptum *l.* 31. *de Jurejur.* ubi, *quid inter manifestam & dubiam causam judicis officii sit*.

LIB.

LIB. XLIV. TIT. I.

De Exceptionibus, Præscriptionibus, & Præjudiciis.

I. Remissio, & tempus opponendi exceptiones. II. Interpretatio l. 10. §. 1. C. de Fidejussor. *& an hæc emendanda sit. III. De præscriptionibus, & præjudiciis. IV. Observata de usu tituli. V. Quid intersit quod ad effectum nullitatis & exceptionis. VI. Non esse dandas Exceptiones Exceptionum.*

(a) TRia membra hujus tituli exhibet rubrica. Primum de exceptionibus, de quarum etymologia, definitione, & divisione, alibi habuimus. De modo & tempore opponendi exceptiones, pauca addemus. Scil. Opponendæ † sunt exceptiones dilatoriæ, ante litem cont. quæ vel judicium, vel personas judicium constituentes spectant, *l. pen. & l. ult. C. h.* tales sunt exceptio incompetentiæ, præventionis, judicis suspecti, loci non tuti, feriarum, termini nimis angusti, juxta *Auth. offeratur. C. de lit. cont.* item contumaciæ. Quod quis in judicio stare nequeat, de quibus Vinn. ad *tit. I. de Except.* §. 1. Sed dilatoriæ, quæ spectant causam, quales sunt exceptio plus petitionis, pacti temporalis, litis pendentis, ordinis sive excussionis, & similes, eodem tempore opponendæ sunt, quo reliquæ peremptoriæ; hoc est quavis parte judicii, quamdiu in causa non est conclusum, *l. 2. C. sent. resc. non posse. & l. 4. C. de Except.* modo contestatio illarum fiat ab initio, *l. 8. & 9. C. h.t. l. 9. C. de Præscript. long. temp.* quæ in bonæ fidei judiciis olim non videtur fuisse necessaria, quoniam in his exceptiones ipso jure inerant, ex regula juris antiqui. *l. 3. de Rescind. vend. l. ult. de Hæred. pet. & l. 84. §. 5. de Leg.* 1. At in strictis judiciis, quod non erat formulæ a Prætore insertum, ejus judex rationem habere non poterat, ut dix. *in prælect. ad tit. de Action. n. 21. pag. 409.* Et Prætor exceptionem formulæ addere non poterat, nisi contestatam. Jure novo sublatis formulis & judicibus datis, illud discrimen actionum b. fidei & strictarum puto sublatum esse. Nam *Leges* 8. 9. *C. h. t.* & aliæ, quæ de contestatione loquuntur, non distinguunt inter judicia b. f. & str. juris; sed tantum

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

† Exceptiones dilatoriæ & litis ingressum impedientes absque discrimine in primo termino sunt opponendæ, & nec, ut factum in leuteratione aut appellatione demum allegandæ, & eventuali litis contestatione sub pœna confessi & convicti annexa. Illæ autem exceptiones omnes ante L. C. non attendendæ, nisi sint in continenti liquidæ, neque istorum nomine probatio aut juramentum per interlocutoriam injungendum, attamen si liquidæ sunt, & alicujus ponderis, secundum eas, insuper habita eventuali litis contestatione, pronunciandum, adeoque a judice, quoties eas negligit, decidendi rationes sententiæ subjiciendæ sunt. Ita & de Exceptionibus fori declinatoriis tenendum; quæ tamen, si notoriæ aut in continenti liquidæ sunt, etiam in scriptis opponi, &, si spernantur, in leuteratione aut appellatione urgeri queunt. *O. P. S. R. I. & R. Tit.* 12. §. 1. Cui in sententia super exceptionibus & eventuali litis contestatione lata alicujus rei præstatio injuncta, ante proximum terminum aut in eo absque nova citatione eidem satisfaciat, nisi in 5. & amplius thaleros condemnari malit. *d. Tit.* §. 2. De Exceptione spolii cautum, eam exemplo aliarum exceptionum peremptoriarum litis contestationi annecti, & instar illarum suo loco deduci debere, nisi reus actionem spolii instituere malit, in qua, si sententia super restitutione lata in rem judicatam transierit, prius in aliis causis pergere non tenetur spoliatus, quam alter isti rei judicatæ paruit. *d. Tit.* §. 3. Exceptiones generales non competentia actionis, rei non sic sed aliter gestæ, solutionis, compensationis, & similium ratio non habenda, nisi, quo nitantur fundamento, breviter simul & perspicue ostensum sit. *d. Tit.* §. 5.

tum docent, reum non cogi, ſtas exceptiones ſtatim proſequi, ſufficere ſimplicem earum contestationem in principio, tum expectare eum poſſe, donec actor ſuum jus probaverit; nam ſi is deficiat, non eſt quod ipſe de exceptione laboret, eaque res non habet uſum, niſi contestatione ab initio facta. Quin *lex 9. C. de præſcr. long. temp.* idem initio diſerte de emptione venditione, quæ eſt maxime bonæ fidei, tradit.

2. Ex his videamus, an lucem accipiat *lex 10. C. de Fid. et mand.* cujus Lectio ſollicitatur. Verba hæc ſunt; *Fidejuſſor ſeu Mandator, ſi in uſuras quoque obligatus eſt, juſtam cauſam recuſandi eas ſolvere non habet. Ut autem is, qui cum altero fidejuſſit, non ſolus conveniatur, ſed dividatur actio inter eos, qui ſolvendo ſunt, ante condemnationem ex ordine poſtulari ſolet.* Quis ille ſit ordo, quæritur; Ex ratione juris antiqui is ordo fuit, ut actor in ſtricti juris judiciis exceptionem apud prætorem poſtularet, ut formulæ, qua Judex pedaneus conſtituebatur, insereretur: nam ſi in formula non eſſet, judex ejus rationem habere non poterat, quia formula eum includebat, & certos, quos non excederet, terminos ponebat, ut ait Seneca 3. *de benef. c. 7.* Sed in bonæ fidei judiciis, non erat neceſſaria talis prævia exceptionum impetratio, ſecundum ea, quæ modo diximus. Verum tempore Diocletiani & Maximiani, quo ſublatæ ſunt formulæ judiceſque pedanei, *l. 2. C. de Judic. pedan.* quis ordo fuerit hac in parte, iidem exponunt Imperatores in *l. 9. C. h. t.* Reus qui non plane certus eſt, actoris intentionem eſſe falſam, ſi quas habet exceptiones, eas initio conteſtari debet, atque ubi viderit, actorem probaſſe intentionem ſuam, tunc exceptionem ſuam, prius ſolummodo conteſtatam, adhibere atque urgere poteſt, quovis tempore, modo ante condemnationem, ut etiam ex *d. l. 4. C. h. t.* & *d. l. 9. C. de præſcr. l. t.* conſtat. Idque ſine diſcrimine bonæ fidei & ſtricti juris actionum, quod etiam *d. Lex 10. §. 1.* indicat verbis initialibus, *Fidejuſſor ſeu Mandator*, ut hic textus cum cæteris optime conveniat, nec ullius egeat emendationis, ut nunc eſt. An Triboniani manus agnoſcenda ſit, deinde videbimus: Certe non placet deleri verba, *ſeu Mandator*, & pro *Condemnationem*, legi *Conteſtationem*, ut volunt Viri Cl. Nam ſi *conteſtationem* ſimpliciter legas, in hac quidem materia non *Litis* conteſtationem, ut emendatio vult, ſed *conteſtationem*, cujus *d. l. 8. & 9. h. & l. 9. C. de P. l. t.* meminerunt, qua in anteceſſum mentio ſit exceptionum, intelligi oporteret: aſt ante illam poſtulari exceptionem, res eſt, quæ fieri non poteſt, nec habet intellectum. Tamen ne occaſio relinquatur dubitandi, quominus tam gravis mutatio in textum recipiatur, argumenta addunt haud levia, ut videtur, in quibus hoc primum eſt, quod verbo heic *poſtulari* Imperator utitur; poſtulare autem eſt, ut Ulpianus refert, deſiderium ſuum, vel amici ſui in Jure, quod eſt ante litis conteſtationem, coram eo, qui Juriſdictioni præeſt, exponere, vel alterius deſiderio contradicere. *l. 1. §. 2. de Poſtul. & l. 4. §. 8. de Damno inf.* Ad hoc noſtra ſic ratio eſt; verbum *poſtulandi* equidem hunc habere ſenſum apud veteres communiorem, non eſt quod negemus, ſed hanc unicam eſſe ſignificationem, nemo dixerit. Nam & Ulpianus in *d. l. 1. §. Removet. 6. de Poſtul.* ſcribit, apud Judices pedaneos etiam poſtulari, quod eſt ſane poſt litem conteſtatam: Atque omnino ſumitur poſtulatio pro quovis deſiderio, quod in jure vel in judicio proponitur. *l. ult. §. ult. de Appellat.* Quin latiorem ſignificationem jure poſteriori apud Cæſares invaluiſſe, quin ea deſiderium hoc ipſum, quo poſt conteſtationem exceptionis initio litis notæ factam, dein urgetur exceptio, hac voce deſignaſſe, patet ex ſuperius citata *l. 9. C. de Præſcr. long. temp.* cujus verba, cum præſenti quæſtioni maxime conducant, apponere viſum eſt. Diocletianus & Maximianus AA. & CC. *Emptor bona fide contra præſentem decennii præſcriptionem, in cujus initio conteſtationem haberi ſufficit, poſteaquam ſuam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione juſtæ poſſeſſionis defenſus, abſolvi recte* POSTULAT. Habemus poſtulationem poſt conteſtationem ſcilicet; & quidem in fine judicii. Aliud argumentum emendationis; Ait Imperator, *poſtulari ex* ORDINE *ſolet*: Nec dubium, quin certiſſimus ab eo judiciorum ordo deſignetur, quo in judiciis ſtricti juris exceptio a Prætore impetratur, formulam vero ſimul cum judice ante litem conteſtatam dari conſueviſſe, notius eſt quam ut probatione indigeat. Sic illi, neque de nihilo; quatenus *Alexandri* tempore, quo Ulpianus & Paulus adhuc ſupererant, ordo vetus nondum penitus exoleverat. Quare ut in compendium, quod mihi videtur, conferam; textum, qui cum aliis juris locis in Codice Juſtinianæo tam eximie conſentit, emendandum, ut Viris Clariſſimis vi-

visum, non censeo; quominus autem Tribonianus Alexandri verba, sequentis usui temporis accomodavit, non intercedo, si quis conjiciendum arbitretur. (1)

3. (b) Hactenus de *L.* 10. §. 1. *C. de Fidejuss.* Secunda pars Rubr. est de Præscriptionibus, quæ sæpe pro exceptionibus sumuntur; hic autem restringuntur ad eas, quæ a tempore desumuntur, de quibus *tit.* 3. *infra.* Vid. *prælect. ad tit. inst. de Except.* a *pr.* ubi fuse de *præscriptionibus.* Tertia pars inscribitur, de *Præjudiciis*, quæ sunt exceptiones, per quas excluditur actio, hac ratione, quod præpostere instituntur, futuræque actioni faciat præjudicium, *l.* 12. 16. 18. velut si quis familiæ ercifcundæ velit agere, antequam declaratus sit hæres, vel petere servitutem, antequam vindicaverit fundum *l.* 16. *h.* Alia sunt in *l.* 18.

De moribus aliquid addit Thomasius; *de moribus nostris dixi* ad Inst. h. t. n. 14. & *nulla fere provincia est, quæ non de tempore opponendi exceptiones peculiariter disposuerit, ut adeo controversia, quam auctor supra tractavit, ad mere theoreticas sit referenda.*

4. Hæc ratio facit, ut quæ prolixe de Exceptionibus a me prodita, rerumque judicatarum exemplis illustrata sent in *parte* 2. *Jurisp. hod. lib.* 2. *c.* 17. & 18. heic prætereunda putem. Hoc tamen dissimulari non potest, quod *supra* de contestandis exceptionibus dictum est, hactenus servari, ut sufficiat generalis contestatio; qua reus, se libellum actoris haud aliter admittere declarat, *quam salvis exceptionibus & defensionibus*, qua supposita, servantur eadem fere de tempore modoque opponendi exceptiones, quæ jure civili constituta & superius exposita sunt. (c) Porro, per oppositionem exceptiones peremptoriæ & dilatoriæ, quæ causam spectat, adeoque omnium per quas reus consequitur, ne vel plane condemnetur, vel adhuc non, vel non ita saltem ut procedit, committitur litis contestatio, nisi quod exceptio rei judicatæ, transactionis, & jurisjurandi, creduntur impedire litis ingressum, qua de re *ad tit. Quar. rerum act. non dat.* Inde receptum est, ut omnes exceptiones peremptoriæ dilatoriæque, ad causam spectantes, non vocentur *Exceptiones*, sed Responsiones: solæque exceptiones ad judicium vel ad personas judicum spectantes, quæ impediunt litis contestationem, hoc nomine cognoscantur, ut observatum est *ad tit. de judic. n.* 22. *pag.* 203. & 204. *part. præced.* Moniti sint igitur Studiosi, quibus aliquando animus est in Foro versari, illic ita institui, ut qui se excipere dicit, concludat se non teneri ad litem contestandum. Quare si quis medium respondendi sufficiens ad absolutionem, per modum exceptionis proponat, cum expensis rejiciendus est. Non idem usu venit, quando exceptiones per modum respondendi proponuntur: judex enim nihilominus earum habet rationem, sicut etiam, quando rejicitur exceptio, solet addi, integrum esse reo illis uti in respondendo, ut harum rerum sæpe sit anceps discretio. Nec pauca sunt, quæ tam ante quam post litem contestatam moveri possunt, ac ideo quæ mota prius, impediunt litis contestationem, non mota faciunt ad absolutionem, ut est exceptio falsi Procuratoris, quam aliquando etiam post sententiam opponi posse, diximus alias ex *l.* 24. *C. de Procurat.* Regulariter equidem partium qualitates lite contestata convalescunt; non tamen si nullitates sunt: Exemplum; Mulier nupta, viro adsistente, agebat ut Tutrix liberorum suorum; lite sine exceptione contestata, quærebatur, an vitium per litis contestationem emendatum esset; judicatum non esse, quia nullitas erat. *l.* 2. *C. Quand. Mul. Tut. Off.* in causa *Barbaræ Jacobi contra D. Epæun A. d.* 4. *Novembr.* 1630.

5. Nullitatis alioquin allegatio, quid differat ab exceptionis effectu, diximus *ad tit. de SC. Vellej. n.* 7. *part. præced. pag.* 442. cum aliqua tamen remissione ad hunc locum. Nullitatis, etsi non sit allegata, judicem nihilominus rationem habere oportere diximus: Exceptionis non æque. Sed excipiunt Dd. quos refert Sandius *lib.* 1. *tit.* 7. *def.* 3. *tales exceptiones, quæ ipso jure removent actiones.* Vellem quæ sint illæ, dixisset ipse, aut hi quos laudat. An erunt exceptiones, quas juris appellant communiter, de quibus Vinnius ad *tit. I. de Except.* §. *ult. n.* 8. & quo ille refert Exceptionem beneficii Ordinis, item SCti Vellejani, Macedoniani & similes, quæ ex ipsa conditione personæ de jure competunt? Noli credere; nam de priori exemplo probat ipse Sandius, Excussionis sive Ordinis exceptionem,

(b) *Pos.* 8. & 9. (c) *Pos.* 7.

(1) *His adde expositionem quam dat Abraham Wieling* lection. jur. lib. 1. cap. 16. *ubi eundem textum ab omni crisi vindicat, defensa vulgata lectione.*

nem, a Judice non suppleri; *defin. praeced.* Nosque idem probavimus de utroque Senatusconsulto ad *d. tit. de SC. Vell.* Denique, Sandius ipse nullas agnoscere videtur ejusmodi exceptiones, ne quidem praescriptionis, nisi quibus lex specialiter adjicit, actiones per eas haberi pro nullis & extinctis, cujusmodi exemplum subjicit in *fin. d. decis.* 3. Plane, cum ipso jure, & per exceptionem operari, sint termini in jure oppositi, non admodum quid exempli esse queat, animadverto; nisi huc referas exceptionem pacti in continenti contractui stricti juris adjecti, de quo diximus *ad tit. de Pactis n.* 5. *in fin. part. praeced. pag.* 115.

6. Ex eo, quod exceptio dicitur Actionis exclusio, apud *Inst. h. t. in fin.* collegimus, non dari exceptiones exceptionum, etsi quodam sensu Replicatio sic appellatur. *l.* 22. §. 1. *h. t.* Sed in Foris nostris receptus est mos, ut ego quidem existimo, pravus neque juridicus, ut quando exceptionem videat alio modo, quam debet, oppositam, tum non respondeant ad exceptionem, sed excipiant, se non teneri ad respondendum exceptioni: qua exceptione rejecta, tum demum respondent ad exceptionem primam. Institutum ut nullo modo necessarium, ita litibus intricandis & sumptibus augendis repertum: nec unquam aliter, quam exceptiones Exceptionum, quae proponebantur, esse easdem cum mediis respondendi, animadvertere mihi datum est. Adeo ut, quoties accidit ejusmodi exceptionem exceptionis rejici, actoremque ad exceptionem respondere juberi, eaedem rationes semper in responsione repetitae fuerint. Bene igitur consuluerint, qui regnum forense tenent, si exceptionis exceptionem generali lege praecidant prohibeantque; sicut eadem ratione in processu executivo Curia nostra pridem statuit, nullas omnino admittendas exceptiones, etsi contra formam juris Executio dirigatur, sed oppositione directa utendum, quemadmodum pluribus etiam exemplis rerum judicatarum, de utroque genere demonstravimus, in *part.* 2. *Jurisp. hodiern. lib.* 2. *cap.* 28. *n.* 9. *& seqq. ad fin.*

TIT. II.

De Exceptione Rei judicatae.

I. Quibus haec exceptio detur. II. Quando res sit eadem. III. Quando personae eadem. IV. Quando causa. V. Reum damnatum non posse repetere ut indebitum quod solvit. VI. Exemplum limitationis. VII. & VIII. Limitationes aliae quaedam.

(a) Res judicata parit actionem & exceptionem, atque haec frequentior est illa; nec enim actio locum habet, nisi incerta sit sententia ob incertitudinem rei, de qua litigatum fuit, ut dix. *ad tit. de re judic. n.* 50. Exceptio rei judicatae datur ei, qui conventus ait, se non obligatum, sed ab judice absolutum esse, & habet locum, quoties eadem res, inter easdem personas, ex eadem causa in judicium deducitur. *l.* 3. *&* 4. *l.* 12. 13. *&* 14. *h.*

2. (b) Res dicitur eadem, quando & pars ejusdem repetitur, *l.* 7. multo magis qui partem petens repulsus est, si totum petat, excluditur; vel qui parte una petita, dein alteram petit, *l.* 33. §. 1. *de Usufr.* ubi & ex nova causa pars altera petitur, sed quae a priori pendeat: utique si pars recens accesserit, secus esse oportet. *l.* 14. §. 1. *h.*

3. (c) Personae eaedem sunt, non modo defunctus & haeres, dominus & procurator, sed etiam auctor & emptor, debitor & sponsor, *l.* 11. §. 7. 8. 9. *& ult. l.* 28. *h.* non cohaeredes, *l.* 22. *h.* sed in fideicommisso graduali, primus & sequentes personae, licet non haeredes, pro iisdem habentur. Covarr. *pract. qu. c.* 13. *n.* 5. *in pr.* Carpzov. *P.* 1. *Const.* 26. *def.* 19. quod etiam in nostra Curia servatur, & memini judicatum inter partes praenobiles.

4. (d) Quod ad causam, interest inter actionem in rem, & in personam, *l.* 14. §. 2. *h.* qui enim personaliter una actione petit, is repulsus, ex alia causa adhuc agere potest: Sed qui in rem simpliciter egit, etsi probationes ad causam donandi direxit, postea tamen ex causa venditionis aut simili agere nequit; quod tamen secus est, si donationis causam in libello expresserit. *arg. d.* §. 2. Adde quae habuimus ad *tit. de Edend. n.* 8. Imo (oppon.) nec in personalibus de eadem re ex diversis causis agere licet. *l.* 5. *h.* Resp. Sic est, si actiones modum po-

(a) *Pos.* 1. *&* 2. (b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4 (d) *Pos.* 5. 6. *&* 7.

potius diversam quam diversam negotii originem contineant, ut exemplis patet in *d. l.* 5. Cæterum, qui in rem agit, nec obtinuit, eandem rem sine metu exceptionis condicere potest. *l. ult. h.* Quandoque in rebus & personis diversis obtinet hæc exceptio, si prior causa posteriorem actu extinguat. Ex. gr. Obtinuisti querela inofficiosi adversus hæredem, prodest tibi sententia & contra legatarios, quia sublato testamento, legata intercidunt. Evicisti rem tuam a possessore, prodest sententia & adversus creditorem, cui possessor eam obligaverat. Vid. *l.* 63. *de Re Judic.*

5. (e) Sunt, qui docent, reum condemnatum, postquam solvit, denuo audiendum esse, quando condictione indebiti solum repetit, sine metu hujus exceptionis, eo quod alia sit conditio personarum, qui modo reus, nunc actor. *l.* 14. *in pr. h.* Ita Carpz. *Process. tit.* 6. *art.* 3. *n.* 67. *& seqq.* Struv. *ad h. t. n.* 21. Probant ex *l.* 10. §. 3. *de Edend. & l.* 31. *de Jurejur.* Sed tu noli credere rem, enervandis judiciis repertam: neque textus id docent, & ratio, optimumque publicum vetant, nec apud nos toleratur, si res, personæ causæque sint eædem.

SCHOLIUM.

Sed opinio tamen Carpzovii reconventioni Saxonicæ & processui executivo consentit, per ea, quæ Carpzovius d. l.

6. (f) Hoc equidem verum est; si meritum actionis, quam nunc vis instituere, priore judicio non fuerit examinatum, posse fieri, ut non obstet judicati exceptio, *arg. l.* 8. §. 2. *de Negot. gest. l.* 6. *t.* etsi res, personæ, causæ sint eædem. Exemplo rem illustrabo. Titia pro marito intercesserat jurata, sed in obligationis instrumento tribus testibus non confirmato. Quam formam intercessionis uxoriæ non valere, diximus *ad tit. de Sc. Vellej.* Erat tamen condemnata, judicioque Revisionis sententia approbata fuerat, ideoque solvere coacta. Non jure, ut quidem videbatur. Insurrexit denuo, & auctoritate Carpzovii aliorumque movere instituit condictionem indebiti. Victor opponebat exceptionem rei judicatæ. Titia non tantum allegabat, esse diversam actionem, diversas qualitates personarum, Actricem quæ modo rea fuerat, & contra; sed inprimis urgebat, in priori lite de valore intercessionis in forma non esse disceptatum; sed tantum de valore debiti principalis. Hac ratione factum est, ut exceptio rei judicatæ rejiceretur. Ideoque Titia, cum vitium intercessionis liquidum videretur, de eventu non dubitabat: sed deinceps in lite principali tamen succubuit, quia non poterat esse indebitum, quod ex sententia solutum erat, *l.* 36. *Famil. ercisc.* & quia plenius compertum erat, in priore quidem instantia nihil aut parum de vitio intercessionis esse quæsitum, sed in judicio revisionis hoc meritum causæ ex professo ventilatum fuisse. Ita in causa *Eelk Gerbens Haersma* contra *Agatham viduam Croddebosch. d.* 26. *Maji* super exceptione & *d.* 27. *Octobr.* super lite principali. 1679.

7. Quod si alioqui sana ratione dici queat, res aut personas non esse easdem, judices non debent, neque solent esse difficiles in rejicienda exceptione rei judicatæ, quo pertinent ea, quæ diximus ad *tit. de Re Judicata.* Addemus unum & alterum exemplum. Emptor conventus de pretio, recusaverat solutionem, eo quod res sibi non esset tradita; sed condemnatus erat. Dein agebat in id quod interest ejus quod res sibi tradita non fuisset. Alter opponebat exceptionem rei judicatæ, sed rejecta est, quia non eadem est quæstio de pretio solvendo ex causa venditionis contractæ, & de solvendo eo quod interest ob rem non traditam. Si pretium, ut indebite solutum, repetiisset, haud dubie repulsus esset. Ita refert Nauta judicatum 7. *Sept.* 1637. Aliud. Emptore convento, alius mandator emendi pro illo interveniebat, & dicebat, se mandatu venditoris ipse mandasse, ut augeretur pretium: historiam habuimus *ad tit. D. Mandati num.* 3. sed interventione sive defensione rejecta mandator se liti adjunxerat. Emptor condemnatus mandatorem suum convenit ad indemnitatem; Hic rursus venditorem, a quo ipse mandatum habere se, adfirmat. Venditor excipiebat rem judicatam, hoc modo: Tu voluisti, ut mandator emptoris, & simul ut mandatarius meus, intervenire pro emptore; non es admissus. Junxisti te liti, in qua idem meritum causæ fuit disceptatum & rejectum. Nunc igitur eandem recoquis cramben. Sed exceptio rejecta est; quia mandator ille emptoris & mandatarius venditoris, adversus hunc in lite non constiterat, ideoque diversæ erant personæ, *in causa N. Wardæ contra Curatores liberorum Dris a Loo, Procuratoris Fisci Frisiæ.*

8. (g) Opposuit aliquis hanc exceptionem, ut li-

(e) *Pos.* 8. (f) *Pos.* 9. (g) *Pos.* 10. *&* 11.

ut litis ingressum impediret; Rejecta est; Quæritur, an deinde tanquam medium litis decisorium adhunc opponi possit. Existimo posse; quia tantum est decisum, quod litis ingressum impedire non deberet, non quod omnino ejus ratio habenda non sit; ac ita sæpe judicatum est in Curia nostra: etsi non sit adjectum in sententia, per quam rejecta fuit exceptio, *argumentum ejus causæ principali reservandum.* Illud denique per se patet, non posse huic exceptioni locum esse, quando sententia a judice non competente lata est, vel quando ab ea eis tempus legitimum est appellatum. *arg. l. 4. §. 6. de re jud.*

TIT. III.

De diverſ. temp. Præſcr. & de Acceſſionibus Poſſeſſionum.

I. Præſcriptiones variæ Juris Civilis. II. Quid moribus. III. De Acceſſionibus Poſſeſſionum, remiſſive. IV. De præſcriptione biennali debitorum minutorum, ſingularia quædam.

(a) VOcem Præſcriptionis hoc loco nihil aliud quam exceptionem ratione temporis ſignificare, jam diximus. Sunt autem tempora, quibus actiones finiuntur, admodum varia, quemadmodum id alias ſatis explicatum eſt. Exempli causa ſint; præſcriptio tridui, de qua in *l. un. de gland. leg.* decem dierum in appellatione interponenda, *Nov. 23. c. 1.* viginti dierum in *auth. Offeratur. C. de litis cont.* duorum & ſex menſium, in ædil. Edict. *l. 19. §. ult. l. 31. §. 22. de Ædil. Ed.* Anni in pœnalibus Prætoriis, Biennii in dolo, Triennii in uſucapione mobilium, Quadriennii in reſtitutionibus in integrum, Quinquennii in Querela inofficioſi, Decennii in hypothecaria, & uſucapione immobilium inter præſentes, viginti annorum inter abſentes, Triginta in omnibus reliquis. Denique & annorum XL. in certo caſu hypothecariæ, nec non L. annorum in condictione qua repetitur quod alea deperditum eſt. *l. ult. C. de Aleat.* Centum, contra Eccleſiam. Rom. *Nov. 9.* quanquam *Nov. 131. c. 6.* Eccleſiis generaliter det XL. annos.

2. Moribus populorum hæc varietas præſcriptionum fere obſolevit: vixque alia in uſu eſt, quam tertiæ partis ſeculi, hoc eſt centum annorum, ut teſtatur Grotius *Introd. lib. 2. part. 7. §. Wat het.* Goris *Adverſ. Miſcell. c. 9.* A. Matthæus *Param. 9.* a quibus tamen ex parte diſſentit Groenevvegius *ad tit. de Præſcr. 30. vel 40. annor.* qui mobilibus præſcribi annis 30. immobilibus trientem ſeculi præſcriptum cenſet. Gentes autem, que juræ ſcripto utuntur, quas inter excellit Friſica, non recedunt hac parte a jure civili.

3. Proinde heic omnes agnoſcimus præſcriptiones romanas, niſi quod unam adjecimus præſcriptionem ex Edicto Caroli V. Romanis ignotam, ut arbitror, quæ eſt biennalis, qua ſalariis & mercibus minutim venditis judicialiter intra biennium non exactis præſcribitur, aut decennio, ſi debitum ſcriptura ſit comprehenſum, adverſus primum debitorem, biennio adverſus hæredem, eodem caſu. Non repetam quæ Sandius ſuper hac præſcriptione, Gallis etiam uſitata, teſte Imberto *l. Inſt. For. c. 34.* commentatur in *lib. 5. tit. 6. def. 6.* Addam pauca ſingularia; Qui cereviſiam cauponibus vendunt per dolia integra vel dimidiata, non eſſe referendos inter venditores mercium minutim venditarum, refert judicatum Sandius. Idem de frumento, hordeo, tritico, majoribus ſaccis vendito, ſtatuendum videbatur: Nam & mole, pretioque, dimidiatis cereviſiæ doliis non cedunt. At de avena talibus ſaccis vendita, aliter viſum eſt Senatui Curiæ noſtræ, in cauſa *Tarquinii Henrici Binga* contra *Mariam ab Unia d. 3. Mart.* 1682. forte quod avena longe minoris pretii ſit, quam nobiliores frumenti ſpecies.

Victus pretia, *koſtpenningen*, eſſentne præſcriptioni biennali ſubjecta, diſputatum fuit, ac ita deciſum eſt; Si quis ad dies vel ad ſeptimanas, modico tempore de alimentis ſit pactus, habere locum præſcriptionem, non ſi ad annum vel ad majorem anni partem convenerit, etſi modus pactionis ſecundum ſeptimanas ſit conſtitutus. *d. 22. Octobr.* 1680.

Lex habet clauſulam, *Niſi debitor fateatur debitum eſſe juſtum & non ſolutum*, de cujus mente Sandius *d. Deciſ. in fin.* Sed quæſitum eſt, cum Creditor paratus eſſet docere cauſam de-

(a) *Poſ.* 1. & 2.

debiti esse justum, nihilque solutionis esse factum, negante tamen debitore, an creditor admittendus esset ad probationem? Judicatum est non esse admittendum. Et alias, postquam creditor satis probasset justitiam debiti, & solutionem non factam, debitor tamen alterutrum negans, est absolutus. Utrumque judicatum est *ante ferias æstivas* 1680. in causa *Justi Blenkenfield Mercatoris Hagiensis*, contra *B. Y.* & rursus in causa *Johannis Jonelyni Sartoris Arausicanum Principis*, *contra N. B.* Ratio est, quia Lex non ait, *nisi constet, debitum esse justum neque solutum*; sed, *nisi debitor id fateatur*. Illo igitur negante, locum habet Statutum, cujus exactam interpretationis observantiam esse debere, nemo negat. Lex ait; post lapsum prædicti temporis talia debita intelligentur acceptilatione perempta, *behoorlyk gequeten*, ita ut de illis actio nulla datur; hoc uno casu excepto, *si debitor fateatur*. Natura negotii & scopus Legis id etiam postulat. Quippe nihil magis præscriptionis rigorem enervaret, quam si partes ad probandum disceptandumque de valore debiti, post temporis lapsum, admitterentur.

Si quis roget, an hujusmodi præscriptionis usus cum ratione conscientiæ satis conveniat, respondeo; si debitor fallat, nemo dubitat, quin nefarius sit, etsi esuriem hâc una ratione possit evitare, quemadmodum alter ex duobus illis reis modo demonstratis, vir nobilis, indicabat, eo se, fatendo, redactum iri. Judicem existimo non peccare, si legi obsequatur, etsi reum fallere non dubitet: quia pronunciat debitum vi legis abolitum; ita quemadmodum in præscriptione longissimi temporis, etiam malæ fidei possessores absolvuntur.

Sed de eo postea consulti sumus: Si reo post interlocutionem non faciente copiam sui, interrogationes adversarii per debitoris contumaciam pro confessis habeantur, an tum reus non sit damnandus, etsi verum non sit, eum esse confessum? Nec est dubium, quin confessio per legem ficta in hoc etiam legis articulo vim effectumque confessionis habere debeat.

3. (b) Parti secundæ Rubricæ, satisfactum *supra ad tit. I. de Usucapion: sub fin.* Sunt enim accessiones possessionum nihil aliud, quam tempora, quibus successores continuant possessiones ab antecessoribus inchoatas. Reliqua supplenda e *tit. Inst. de Perpet. & tempor. acti.*

TIT. IV.

De doli mali & metus exceptione.

(a) EXceptiones doli & metus, ex actionibus ejusdem nominis satis intelliguntur; hoc tamen interest: Exceptio doli est perpetua & generalis, cum actio sit biennalis & extraordinaria, *l. 5. §. ult. h.* ubi & ratio differentiæ, communis tamen omnibus. Nam quia actor in potestate habet quando velit uti jure suo, non est inconveniens quibusdam actionibus breviori spatio præscribere; quod aliter se habet in reo, qui non potest opponere exceptionem, nisi prius actio moveatur, quod eum expectare oportet; ideoque nulla exceptio est temporaria. Porro, de dolo procuratoris, ante lit. cont. exceptio non datur, nisi in rem suam sit, aut omnium bonorum, *l. 4. §. 18.* ubi præsens dolus est; qui post lit. cont. committitur.

(b) Differentia exceptionis. Quod metus causa, & Doli, habetur in *d. l. 4. §. 33.* Nam is, qui de dolo excipit, personam exprimere debet, quæ dolum admisit: quod secus in metu. Dolus mere personalem habet rationem; quocirca nec dolus venditoris noceat emptori; licet donatoris dolus noceat donatario: idemque discrimen in cæteris causis onerosis atque lucrativis obtinet. *l. 4. §. 31. h. t.* Rursus tamen ejus qui dolo deceptus est, respectu, est in rem exceptio, ut non quæratur, adversus quem commissus sit dolus, sed an ea in re dolo malo quid factum sit a parte actoris: ideoque rei cohæret hæc exceptio, & fidejussori quoque prodest. *l. 7. §. 1. de Except.* In hoc convenit cum actione de dolo, quod adversus parentem vel patronum non datur, utpote sugillans eorum famam, sed adversus has personas in factum excipere oportet *d. l. 4. §. 16.* Est & ubi replicatio doli datur, veluti adversus exceptionem SCti Macedoniani. *l. 4. §. 14.* Sed contra doli exceptionem non datur replicatio doli, quia in pari causa reus est favorabilior. *d. l. 4. §. 13.*

(b) *Pos.* 3.   (a) *Pos.* 1. & 2.   (b) *Pos.* 3. 4. 5. & 6.

§. 13. Proinde si creditor tuus te deceperit, tu illum rursus, ipsi dolus suus obest, quem ei recte objicis; Ille tuum tibi opponere non potest.

TIT. V.

Quarum rerum actio non datur.

(a) PRoprie actio non datur, quæ est ipso jure nulla: sed hic non dari dicitur, quæ exceptione peremptoria eliditur, ex ratione *l.* 112. *de R. J.* Vulgo per excellentiam quatuor exceptiones ad hanc classem referuntur, quas vocant litis finitæ; ut Rei jud., Transactionis, jurisjurandi, & præscriptionis. Sed dari plures, docet hic titulus, ut in *l.* 2. §. 1. & 2. *h.* Qualis, exceptio jurisjurandi, item Vellejani & Macedoniani SCti, ex quibus dantur exceptiones, & tamen actiones inde negari dicuntur, *l.* 1. *de SC. Maced. l.* 2. §. 1. *de Sc. Vellej.* Sed jurisjur. exceptio huc proprie pertinet, quatenus, cum juratum est, non quæritur amplius an debeatur, sed an juratum sit, ut dix. *ad* §. 11. *Instit. de Action.* adde Pac. *h. num.* 1. *& seqq.* Denique, si quæ sint exceptiones, quæ sic insunt a parte actoris, ut non actionem quidem, sed plus quam exceptionem pariant, atque jus actoris per se ac immediate mutent, cujusmodi esse quæ ex pactis in continenti stricti juris contractibus adjectis oriuntur, aliquoties diximus ex *l.* 40. *de Reb. Cred.* tales huc enixe referendæ sunt.

TIT. VI.

De Litigiosis.

I. De Exceptione Litigiosi. II. Pœna alienantis rem litigiosam. III. Quando personales actiones fiant Litigiosæ. IV. Usus tituli.

(a) HUnc titulum e positionibus, ut a Thomasio scholiis suffultæ sunt, exhibebimus. Exceptio litigiosi datur Possessori, qui de re, quam tenet, litigat, adversus eum, qui rem interim a petitore, (non a tertio) comparavit. *l.* 1. §. 1. *h.*

SCHOLIUM.

Litigiosa res est, de cujus dominio causa movetur judicialiter, inter petitorem & possessorem, auth. litigiosa C. h. t. *fitque litigiosa tam respectu actoris, ipsa scilicet actio, quam respectu rei, nimirum res quæ vindicatur. Effectus vero litigiosi potissimum, (reliquos vide ap. Franzk.* lib. 1. resol. 11. *& Sand.* de proh. rer. alien. Part. 1. c. 9.) *duo sunt, scilicet exceptio litigiosi, & litigiosi pœna. Exceptio litigiosi datur, si actor actionem litigiosam alienaverit, & is, cui alienatio facta, novam actionem adversus possessorem instituat.* l. 1. §. 1. h. *Dico, si actor alienaverit. Nam de reo, si is rem alienaverit, causa non videtur esse habilis, in qua exceptio litigiosi adversus eum qui a reo comparavit, usum habeat. Pœna litigiosi est, quod reus alienans rem litigiosam, & is in quem alienatio facta, mulctentur secundum ductum* l. ult. C. h. t. *Sed quid si actor actionem alienaverit, an & tunc pœna* d. l. ult. *habet locum? Ita puto, per* d. l. ult. pr. *verb.* vel actiones. *quamvis dissentire videatur Sande* d. l. n. 41. *Ex his simul patet, quomodo differat hic titulus, a titulo* ff. de alienat. jud. mut. causa facta, *tum & a tit.* Cod. ne liceat potentioribus &c. *Ibi enim, ut alias differentias taceam, utrobique coercetur alienatio rei non litigiosæ, actionis quidem in* d. t. Cod. *rei vero in* d. t. ff.

(b) Porro Venditio quidem ipso jure valet, *arg. l.* 18. *de R. V.* sed exceptione vim suam amittit. Sand. *de Prohib. rer. alien. P.* 1. *c.* 9. *n.* 11. *& seq.*

SCHOLIUM.

Jure Novo per l. 2. C. h. t. *verb.* tanquam si nihil factum & l. final. §. 1. C. eod. *verb.* irrita rei alienatione *ipso jure nullam esse, ejusmodi venditionem, statuit Franzkius* d. resolut. 11. n. 61. seqq. *cujus tamen textibus facile responderi posset, si quæstio hæc haberet usum.* vid. l. 112. de R. J.

(a) *Pos.* 1. *& seqq.* (a) *Pos.* 1. (b). *Pos.* 2.

2. (c) Præterea, qui vendit ejusmodi rem potentiori, duplum † adversario solvere cogitur. *l. ult. h.* Lex *ult. C. h.* fisco duplum addicit, sed non loquitur de potentioribus, †† duplo autem continetur res & pretium. *Id. Il.*

SCHOLIUM.

† *Sensus* d. l. ult. Cod. h. t. *hic videtur. Aut emptor scit rem litigiosam esse, aut non. Priori casu venditor pretium quod accepit & alterum tantum, fisco præstat, emptor vero rem tenetur reddere, & alteram tantam quantitatem fisco inferre. Posteriori casu emptor nihil præstat, sed venditor emptori pretium conventum reddit, & insuper tertiam pretii partem, fisco vero solidam rei æstimationem* infert. conf. Sande d.l. num. 14 & 15.

†† *Videtur auctor per hæc verba* d.L. ult. C. *cum* d. l. ult. ff. *conciliare velle, quasi nimirum, si res alienetur in potentiorem, duplum sit præstandum adversario, sin in alium, qui non est potentior, duplum addicendum esset fisco. Quæ si auctoris mens est, licebit nobis ab eadem recedere, cum regulæ interpretationis bonæ istam conciliationem non admittant, placetque adeo, pœnam litigiosi aliam fuisse jure veteri*, d. l. ult. ff., *aliam jure Novo Codicis.* d.l. ult. C.

RESPONSIO.

Non erat determinata conciliatio, sed notatio simplex ejus quod in textu habetur; unde Lector, quod vellet, existimaret.

N. ADDIT.

Ergo jam agnoscit Auctor antinomiam. Interim ego etiam patior, ut lector observando quod in ejus positione habetur, quid velit existimet, utrum Auctor afferendo distinctionem in potentiorem & non potentiorem, voluerit hanc antinomiam conciliare nec ne.

(d) Emptor ignorans, pretium a venditore potest repetere, ac insuper trientem; sciens, pretium perdit, & tum singuli mulctantur simplo. *d. l. ult. C.* Excipiuntur ab hac pœna, alienatio per testamentum, ex causa dotis, donationis propter nuptias, transactionis, & divisionis hæreditariæ. *d. l. ult. C. in fin.*

3. (e) Actiones personales † litigiosæ non possunt etiam alienari, & fiunt tales post litem contestatam, non prius, ut omnes observant ex *l. 2. C. h. t.* quæ tamen †† diserte ait, actiones esse prohibitas alienari, de quibus ab actore lis mota est, sicut & alias tempus litis contestatæ refertur ad tempus motæ controversiæ, in *l. 25. §. 7. de hæred. petit.* scilicet, quibus casibus non tam novatio, quam mala fides consideratur, in qua reus constituitur, sola actoris intentione proposita.

SCHOLIUM.

† *Actiones personales equidem litigiosæ fiunt respectu actoris, non vero res quæ actionem personalem a reo petuntur, pro litigiosis habentur, vide late Fransk.* d. l. n. 23. seqq. item n. 25. & 39. †† *Obscuriora hæc sunt. Sensus hic jubesse videtur.* Thesis. *Actiones personales demum fiunt litigiosæ post litem contestatam* d.L. 2. C. hic. Objectio; *Fiunt etiam ante litem contestatam, quia tempus litis contestatæ in legibus nominatum, non excludit tempus anterius,* l. 25. §. 7. de Hæred. pet. Responsio; *Valet hæc assertio, si sermo fit de reo, ejusque mala fide.* d. l. 25. §. 7. *At hic sermo est de actore.*

RESPONSIO.

Non omne, quod volui, complexum est in scholio. Indicare volui, multum referre, dicas per litis contestationem, an per motam controversiam, actio personalis litigiosa fiat.

Exemplo momentum rei patebit. *Henricus Vormholt* cesserat D. *Johanni V. D. W.* obligationem in *Adrianum V. D. C.* ad summam octingentorum florenorum, reliquam e bis mille florenis. Ex qua obligatione *Johannes Adrianum* conveniebat, qui excipiebat, eam obligationem esse litigiosam, sequeillam condimisse coram Curia. Re explorata, compertum fuit, *Adrianum* dictasse apud Commissarium Curiæ, prævia citatione, libellum condictionis, propterea quod Creditor non implesset conditionem contractus ex qua nascebatur obligatio. Ad hunc libellum non erat responsum a Creditore, nec *Adrianus* rem ulterius urserat. Ideoque non erat commissa litis contestatio, quæ non minus responsione rei, quam Actoris intentione constat. Plus anno jam erat elapsum, & quæstionis fuit in Curia; essetne obligatio pro litigiosa habendi vel non; multis ita ex communi sententia existimantibus, & sic observatum esse dicentibus, non nisi per litis contestationem actiones personales fieri litigiosas; Plane, ut aliter quam paribus suffragiis actionem fuisse litigiosam, concludi, ut debebat, non potuerit, & reus fit absolutus, *ante ferias Caniculares* 1681.

(f) Cæterum, hoc inter actiones personales & reales interest; Venditio actionum litigiosarum ipso jure nulla est, *d. l.* 2. *C.* cum res aliæ per

(c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. & 5. (e) *Pos.* 7. (f) *Pos.* 8.

per exceptionem sint inutiles alienatu, ut *superius* dictum est.

4 (g) Moribus hodiernis hunc *tit.* non servari, monet Groeneweg. *ad h. t. C.* Apud nos secus est, & secundum hanc Rubr. judicatur, excepta dupli poena.

SCHOLIUM.

Moribus hodiernis, res litigiosa vendi, permutari, obligari, vel alio quo modo transferri in alium potest, salvo jure tertii. ita ut sententia in alienantem postea lata, adversus rei litigiosae possessorem executioni mandari possit, verbis sunt Wissenbachii ñ. t. th. 26. *adductis locis ICtorum quorumdam Gallorum & Belgarum. Sed quemadmodum haec assertio loquitur saltem de re litigiosa, non de actione, insuperque de moribus tantum Galliae & Belgii, (quamquam nec hujus universi,* vid. auctor. hic) *testatur, ac praeterea id, quod de executione in tertium possessorem, absque novo processu facta adducitur, nihil novi est, sed principiis Juris Civilis bene convenit, per tradita Franzk.* d. resolut. 11. n. 96. seqq. *Ita non vereor asserere dispositionem juris civilis in hac materia adhuc observari, si ejusmodi alienatio contingat.* Conf. Carpzov. P. 1. c. 32. def. 22.

TIT. VII.

De Obligationibus & Actionibus.

I. Remissio. II. Divisio nova obligationis. III. Qui possint obligari, remissive. IV. Ad definitionem Actionis. V. An actio ab invito etiam instituatur.

(a) ENumeratio specierum loco generis clauditur. Post tot actionum formas, natura actionis ejusque matris, obligationis, tractatur: utrumque caput plena manu duabus rubricis, exposuimus *ad Instit. tit. de Oblig. & altero de Action.* quo lector & auditor aequus se remitti patientur.

2. (b) Hic adde, sis, divisionem, qua dicitur esse simplex vel multiplex obligatio: Simplex, in qua una res est; multiplex, quae continet plures. Denique pura dicitur, vel causam habens. Causae sunt quatuor, species, conditio, dies, modus, accessio: & haec rursus est personae vel rei; de quibus vid. *l.* 44. §. 4. *h.*

3. (c) Quinam obligari possint, regula tralatitia judicatur; possunt, qui non prohibentur; Rationes prohibendi, fere habuimus ad *tit. Inst. de Inutil. stipul.* & de pupillorum obligatione *ad tit. I. de quasi contract.* & de minorum *ad tit. supr. de reb. cor. qui.* alibique sparsim.

4. Definitionem actionis etiam in rem actionibus convenire, dictum est ad *pr. tit. de Action.* producta significatione vocis *debetur*, quae alioqui personalibus tantum & obligationi convenit, non iis quibus petimus id quod nostrum est. *l.* 27. §. 2. *& l.* 34. *in pr. de Aur. & arg. leg.* Alii subtilius hunc nodum solvunt, eo quod actio in rem per litis contestationem quasi ad contractum & ad obligationem redigitur, *l.* 3. § 11. *de Pecul.* quo sensu accipiunt Justinianum in §. 5. *I. de Excep. Si in judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat.* Tu vero contentus sis eo, quod diximus, ut ego quidem censeo.

5. (d) Actionem suam nemo invitus cogitur instituere. Sed Dd. huc trahunt. *l. diffamari.* 5. *C. de ingen. manum.* ex qua volunt, eum qui aliquid jactavit in alterius praejudicium, sive ad rem vel ad personam ejus pertineat, cogi posse ut actionem suam instituat, vel perpetuum sileat. Etsi autem ea non sit *d. l. diffamari.* Sententia, tamen nihil in foro frequentius est, quam usus hujus remedii. Quanquam justae causae esse queant, ob quas a necessitate agendi actor excusetur, (†) ut scio de tutore judicatum, qui dixerat, pupillo suo nescio quid juris competere, neque tamen instrumentum probandi habebat in promptu.

SCHOLIUM.

(†) *Qualis etiam est, si debitum sit sub conditione, vel in diem.* Carpz. Process. tit. 20. art. 4. n. 9. seq. & Jurispr. For. P. 1. c. 7. d. 30.

Alium casum, quo cogitur aliquis instituere actionem, habuimus *ad tit. Inst. de Fidejuss. pos.* 32.

SCHOLIUM.

Scilicet remedium ex lege si contendat. ff. de Fidejussorib. *Positio est ita, in novissima editione positionum omissa, haec est:* Attamen pragmatici dant fidejussori actionem adversus credi-

(g) *Pos.* 9. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. 5. & 6.

ditorem, qua dicat, reum principalem, vel confidejussores, nunc esse idoneos; petere se ut creditor eos conveniat; alioqui protestetur de periculo futuro, si desierint esse solvendo; quod remedium ex causa, non videtur abs re alienum. Dicitur ex *l. si contendat.* 28. *de Fidejuss.* quanquam ibi non magis fundatum est, quam actio *ex l. diffamari in l.* 5. *C. de Ingen. manum.* adeo in foro decantata. Zanger. *de except. P.* 3. *c. ult. num.* 208. Carpz. 3. *resp.* 64. *n.* 8. 9. & 10. Paulo secus de eo THOMASIUS. *Hoc remedium in reliquis omnibus cum actione ex lege diffamari convenit, prætterquam quod in hoc non necesse sit diffamationem factam probare, cum illud in actione ex l. diffamari requiratur.* Carpzov. d. tit. 20. art. 4. n. 24. *ubi addit: Doctores saluberrima hac actione, succurrendum judicasse reo, diffamationis probatione destituto, ne a deductione exceptionis suæ penitus excludatur. Cæterum, an hæc observantia & sententia Dd., non introducta sit in fraudem Legislatorum, hic non disquiram. Proibent sane Imperator* in Ord. Cam. Imp. P. 2. tit. 25. in med. & *Elector Saxoniæ in* ord. Proc. tit. 1. in fine, *non admittendam esse actionem ex* l. diffamari. *si diffamatio non fuerit statim demonstrata. Jam cogita: Offert quispiam judici libellum, cujus rubrica:* Actio ex l. diffamari. &c. *Judex eundem reddit ob non demonstratam diffamationem. Actor mox rediens, eundem libellum munde descriptum, cum rubrica* Actio ex lege si contendat. &c. *judici iterum exhibet. Judex non poterit ob dictam Dd. Sententiam libellum istum amplius rejicere. An igitur legislatores in dispositione memorata, saltem de titulo actionis, & non potius de actione ipsa fuerunt solliciti? &c.*

N. ADDIT.

Jam illud addendum. Sententiam illam, quam defendit Carpzovius, plane erroneam esse, unde non mirandum, quod plerique pragmaticorum ejus errorem hodie agnoverint, postquam Lauterbachius peculiari dissertatione de L. si contendat. *eum refutaverit, & in quo differat actio ex hac lege, ab actione ex lege diffamari, perspicue ostenderit.*

Apud nos hoc remedium *L. si contendat.* ignoratur, nec, ut opinor, admitteretur.

INCIPIT PANDECTARUM

PARS VII.

LIB. XLV. TIT. I.

De Verborum Obligationibus.

I. Remissio. II. De stipulatione sub pœna. III. Sine causa. IV. De usu stipulationis, si voluero.

(a) NOn est alia continuationis, quam a Cujacio tradita ratio; quod stipulatio per se sola non subsistat, verum aliis contractibus adhæreat semper, iisque confirmandis reperta sit. *l.* 5. *h. t.* Et hac de causa in ultimum locum rejecta esse videtur. Nos in hoc tractatu de Verbor. obligat. ita versamur, ut breviter examinando repetamus ea quæ ad Institutiones variis rubricis dicta sunt; nec occurrit, quid insuper ex hujus instituti ratione requiratur.

2. (b) Nisi quod in facti obligationibus, id quod interest evitari potest, si mora purgetur ante litem contestatam, implendo factum. *l.* 84. *de V. O.* Hoc autem de pœna non videtur, sed ejus jus quæritur statim ac est commissa, id est, ubi casus extitit, quo pœna vi conventionis peti potuit. *l.* 115. §. *ult. h.* Wissenb. *ad d. t. ff. th.* 13. Porro quod sub pœna promissum est a defuncto, de eo cuncti hæredes, etiam qui pro suis partibus solverunt, tenentur ad pœnam, quia particularis solutio non est solutio, & is, qui cessavit, cohæredibus suis tenetur. *l.* 5. §. 3. & 4. *de V. O.*

3. Non valere stipulationem sine causa, diximus *ad Inst. tit. de Inutil. stipul. n.* 13 Hoc vero ita capere noli, quasi nunquam valeat promissio, nisi causa, hoc est negotium aliquod separatum præcesserit; nam qui nullam habens causam, sciens volens promisit, ille donationis causa promisisse intelligitur, ex *l.* 21. *de V. O. l.* 47. *de Op. lib. l.* 53. *de R. J.* Nec si contrahentes aliam pro alia causam sumant, ut si pecuniam ex empto debitam, quasi ex mutuo in stipulatum deducant, hoc impedit obligationem, quia substantia debiti constat. *l.* 6. *C. Si cert. pet.* dix. *ad tit. I. de Inutil. stipul. n.* 13. Adde omnino, quæ hac de re habuimus ad *tit. de Condict. sine causa*. ubi in fine exemplum chirographi sine causa, re judicata confirmatum. Deinceps aliud hujusmodi propositum fuit exemplum. Verba chirographi: *Fateor me habere a Lucio Titio mille Florenos, pro quibus ei promitto denos ducatones annuos.* Durum videbatur, ex hujusmodi chirographo & promissione non dari actionem prætextu causæ deficientis; Respondi, non videri causam deesse. Promittuntur deni Ducatones annui; Causa promissionis, quod haberet a Creditore mille florenos. Quando ego habeo tuos nummos, tui nummi fiunt mei, & sic oportet esse mutuum, quod nec obscure arguit usura.

4. Stipulatio, si voluero, & cum voluero, quid differant, habuimus ad *d. tit. I. de Inutil. stipul. pag.* 306. *n.* 11. *Part. I.* Quem effectum hæ adjectiones habeant, ibidem declaratum est. Plane, si contractui valido Pactum, quod rem a debitoris arbitrio suspendat, adjiciatur, adversus hæredem ejus actio datur, ut ex Sandio illic observatum. Addam exemplum rei judicatæ, ut doctrina melius intelligatur. Titius emptor pactus erat, ut si pretium solvere non posset, hoc ei sub usuris pro lubitu retinere liceret, *tot syn Believen.* Defuncto emptore, hæres ejus conventus & condemnatus est, in causa *Frits Meinerts*, contra hæredes *Sibaldt Hajes*, *d.* 15. *Jul* 1637.

TIT.

(a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3. & 4.

TIV. II.

De duobus reis constituendis.

I. Remissio. II. Quot modis duo Rei constituantur. III. De beneficio divisionis exemplum rei judicatæ

(a) HUnc quoque titulum habes in *Parte I.* sed abrogatum esse magna ex parte, ut ait Groenewegius, tu credere noli, utique apud Frisios nequaquam.

SCHOLIUM.

Nec apud nos. Vid. Carpz. P. 2 const. 17. def. 9. 13. 14. 15. Conf. Auctor in Prælect. ad Inst. h. t. n. 4.

2. Ad usum rei melius intelligendum, dicemus, liquidissime duos reos constitui, quando id expressum est, singulos in solidum fore obligatos, ut fere in omnibus hodie fit hujus generis obligationibus. Tamen hodieque idem intelligitur ex modo promissionis; quando plures eandem rem, eidem creditori, diversis orationibus promittunt, ut in *Inst. h.* t. exponitur. Pone, scriptum esse in instrumento; Titio deberi a Cajo & a Sempronio mille florenos; deinde subjici, Cajum promittere, se Titio soluturum illos mille florenos, item Sempronium, se eosdem mille florenos soluturum: Non est dubium, quin singuli in solidum teneantur. *d. t. I.* Item; si quod promissum est individuum sit, ut factum, singuli non possunt non in solidum teneri: promissis Romam ire, Tabulam pingere pro me; unus vestrum cogi potest ut Romam eat, tabulamve totam pingat: secus tamen est, si factum sit ejusmodi, quod unus sine altero implere non potest; ut si duo fabri, lignarius & cæmentarius, promiserint ædificare domum, alter sine altero non potest teneri, ambo simul, non seorsim, cogendi sunt. Dix. *Jurispr. hodiern. part.* 1. *lib.* 3. *c.* 25.

(3) Cæterum, quod diximus ad *h. tit. Inst.* correos non gaudere beneficio divisionis, id ex sententia Doctorum, & mala interpretatione *Nov.* 99. *c.* 1. secus in Foro receptum esse constat, novissimeque apud Curiam nostram ita judicatum est, inter *Maeike Gerryts* contra *Douwe Sjoukes*, *ante ferias N. C.* 1680. Beneficium tamen illud cessat iisdem casibus, quibus in fidejussoribus cessare dicitur, adeoque etiam, si quis cum muliere fidejusserit. *l.* 48. *de Fidejuss.* Secus tamen in Curia nostra judicatum refert Nauta; si modo recte ita observatum. Facti species hæc erat: *Gilbertus Verspeek*, cum matre sua se obligaverat Titio, *pariter*, *& singuli separatim*, *te zamen*, *en elk byzonder*: qua formula sæpe videre contigit homines utentes, cum id agebant, ut duo rei constituerentur; etsi hæc verba contrarium præ se ferant: & creditor in illa causa narrabat, debitorem, qui jurisconsultus erat, sibi persuasisse, tantundem illam formulam valere, quasi dictum esset, *te zamen en elk voor 't geheel*. Curia Verspeekium pro parte dumtaxat condemnavit, matre, quæ sine viri consensu contraxerat, obligationi licet subducta. Non tam, opinor, quod correus, femina correa, non in solidum teneatur, quam quod *singuli separatim* obligati, non sint correi, sed ut vox indicat, *separati debitores*. In causa *N. Vander Heiden* contra *Gilbertum Verspeek. d.* 27. *Octobr.* 1643. Cætera ex dictis ad *Institutiones* repetantur.

TIT. III.

De Stipulatione Servorum.

(a) ETiam de hoc capite sat dictum in *Inst.* & obsoletum esse cum servis, palam est. Quærere tamen lubet; cum servus plurium dominorum communis stipulando omnibus & singulis adquirat, cur idem stipulando illi *aut* illi e dominis, neutri adquirat, sed τὸ ἀδιάζον, ut est in *l.* 13. *h.* corrumpat obligationem totam. *l.* 9. §. 1. *& l.* 13. *h. t.* Ratio est, quia cum servus non sit capax juris, quo constat obligatio, sed merum sit instrumentum facti, non potest per eum adquiri obligatio, nisi recta via personam inveniat, cui jus obligationis ἀμέσως applicetur: Talis autem persona non reperitur in stipulatione alternante, cum servus ait; Illi *aut* illi e dominis meis: constare debet *quis*? In continenti atque immediate. *dd. ll. cum l.* 11. *&* 12. *junctis* quæ dicta sunt ad *h. tit. Inst.*

(a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.*

LIB. XLVI. TIT. I.

De Fidejussoribus & Mandatoribus.

I. Remissio, & observationes de accessoria fidejussionis natura. II. Non obligari fidejussorem ad mortem, carcerem, exilium. III. IV. V. Non valere tacitam beneficiorum renunciationem, exemplis declaratur. VI. Casus novus, quo cesset beneficium ordinis. VII. De beneficio divisionis monita quædam. VIII. An beneficium Cessionis, post solutionem adhuc usum habeat. IX. Casus rei judicatæ singularis. X. Alius.

(a) HUnc titulum, & sequentes hujus libri præcipuos, *ad Inst.* ita edidimus, ut ad particularem explicationem, quæ nobis est proposita, nihil admodum desiderari videatur. Plane, fidejussionem esse accessoriam obligationem, res loquitur, & indicat *l.* 1. *h. t.* non obstante *l.* 95. §. 3. *de Solut.* ubi fidejussio dicitur principalis obligatio, propter restitutionem in integrum, quæ de fidejussione petita fuit.

Aliter respondent alii. Vid. Wissenbach. h. t. th. 1. (1).

Oportet igitur, ut fidejussio valeat, constare de principali obligatione. Nam si quis simpliciter se debitorem profiteatur, ex causa quæ ad alium pertinet, non est fidejussio, sed potius novatio, vel etiam agnitio proprii debiti, in quo alius sese uti obligandi instrumentum habeat. Ita visum est de chirographo, in quo Titius fatebatur, *se debere centum florenos, quos frater ejus & ipse consumpserant.* Conventus ex eo, petebat beneficium; Sed negatum est, nec habitus ille pro fidejussore, in causa *Anne Jans Beervvinkel, contra Hectorem Murray, ante ferias Canicul.* 1680. secundum ea quæ dicta sunt. Ferme eadem ratione, eodemque eventu judicatum est in hac specie, Tres sorores in eodem instrumento se profitebantur obligatas, singulæ in solidum, cum renunciatione beneficii discussionis, & Sti Vellejani: Sed una subscripserat. Hæc in solidum condemnata est, etsi non renunciaverat beneficio divisionis, quia sola debitum agnoverat, ut pro specie novationis habenda esset obligatio; cui subserviebat Vellejani & excussionis renunciatio, sine mentione divisionis beneficii. Ita in causa *Jan Kienses Tadema*, contra *Hesselum Johannis, ante ferias N. C.* 1681.

2. Fidejussio non potest intervenire in causis criminalibus, quarum pœna pertinet ad corpus; hactenus enim nemo se obligare potest per *l.* 13. *ad L. Aquil.* ut dix. *in prælect. ad Inst. n.* 2.

Adde Wissenb. th. 3. *Dn. Puffendorf.* Lib. 5. cap. 10. §. 12.

Rationes, quæ ad corporis pœnam vetant aliquem obligari, de carcere idem suadere videntur; præter quod omnis obligatio est de dando vel faciendo, quod utrumque ad patrimonium spectat, unde carceris conditio est alienissima: rationes contrarias removet Bachovius *ad Treutl. h. t. th.* 4. *lit. f.* a qua sententia quod se dissentire, alibi probasse, refert Thomas. *ad pos.* 3. *h. t.* nos heic non morabitur.

N. AD-

(a) *Pos.* 1.

(1) *Vide omnino pro intellectu* l. 95. §. 2. de Solut. *Abrah. Wieling. lection. jur.* lib. 2. cap. 12.

N. Addit.

Nos vero morabitur, ut de novo quid addamus, & judicium Lectori committamus. Addemus autem 1. scholium alterum, ab auctore plane heic non memoratum, quod carceris constitio non pertineat ad res in patrimonio, ubi adjeceram, quod nullum videatur subesse absurdum, si dicam, libertatem, quæ in obligatione ad carceres quasi sub conditione alienatur, esse in commercio. Deinde addam ex notis ad Struchium XIV. 36. p. 160. seq. *probationem assertionis contrariæ. Quæstio de obligatione ad carceres facile solvi potest. Nam ejusmodi pactum juri naturali non esse contrarium concedit Dn. Schilter.* de jure oblid. addit. ad c. 11. n. 26. (*etiam ad carceres privatos, si a statu civili abstrahamus.*) *Juris Saxonici observantiæ idem convenire docet* P.II. const. 21. ibique Carpz. def. 1. *Tantum quæstio est, an id conveniat principiis Juris Romani? Affirmat cum aliis Dn. Carpz.* d. loc. *Negat Dn. Schilter.* d. c. 11. *ubi rationibus Carpzovii satisfacere laborat, quibus tamen non obstantibus, placet mihi sententia affirmativa, tum arg.* textuum in l. 9. de serv. export. l. 50. ff. de contrah. emt. l. 1. & 2. C. si mancip. ita fuer. alien. ne prost. l. 1. C. si serv. export. veneat. l. 3. §. 4. & 5. ff. de lib. hom. exh. *tum vel maxime, (si quis per ea, quæ his textibus reponit Dn. Schilter.* d. l. *moveatur) ob istam rationem, quia Jus civile hoc pactum nusquam prohibuit. Nec obst. (quæ unica est ratio Domini Schilteri) quod Carpz. fateatur, obligationem ad carceres esse speciem oppignorationis, jam vero oppignorationem liberi hominis esse prohibitam.* l. 6. C. quæ res pign. oblig. poss. vel non. *Resp. enim, vel textum prohibere oppignorationem liberorum hominum aliorum, non sponte consentientium, ob istam causam, quia eos non habemus in bonis, quo spectant, præter verba initialia, & verba ultima* d. l. 6. nisi in his, quæ quis de bonis suis. *conf. Brunnem.* ibid. *vel loqui de oppignoratione in specie sic dicta, quæ fit cum traditione possessionis, (quo faciunt verba:* pignoris titulo accepit) *quæ item prohibita est, quod sapiat carcerem privatum. Pactum obstagii, ex rationis identitate etiam non repugnare juri naturali fatetur Dn. Schilter.* d. addit. ad cap. 11. n. 26. *Quamvis autem putet idem, illud Juri civili contrarium esse, tamen nec hoc procedit, per ea quæ jam de obligatione ad carceres dicta sunt. Licitum etiam fuit olim pactum obstagii, Jure Imperii Romano Germanici,* per recess. Imperii de anno 1548. tit. non wucherlichen Contracten. §. so auch eine Schuld-Verschreibung. *Imo & jure Saxonico per ea, quæ ex Besoldo refert Bese* disput. inaugur de obstagio, sub Auctore nostro Jenæ 1672. habita, c. 2. §. 2. *Adde Carpz.* P. II. c. 22. d. 30. n. 2. 3. 4. 5. *Cæterum Jure Saxon. Electorali*, d. P. II. const. 12. §. Wir wollen auch das Einreiten. &c. verbis: gantzlich verbothen haben. *& Jure Imperii noviori*, recess. Imper. de anno 1577. tit. non wucherlichen Contracten. §. wiewol auch in des H. Reichs. *ob nimium eorum abusum, pacta obstagiorum in totum sunt prohibita, ut adeo non assentiri possim Carpzovio* d. l. def. 31. *statuenti, non obstantibus dictis prohibitionibus, Imperiali atque Electorali, valere adhuc pactum, quo debitor, si in solutione cesset, se in certo loco staturum, & antequam Creditori satisfactum sit, ab illo non recessurum promittit, cum hujusmodi pactum, vi definitionis, sit revera pactum obstagii, & vero ex verbis Imperialis & Electoralis constitutionum satis aperte constet, propter abusum, etiam usum pactorum obstagii fuisse sublatum, ut ita necesse sit, præjudicium Dn. Scabinor. Lipsiens. a Dn. Carpz. ibi subjectum, ad consuetudinem, per quam dictæ constitutioni Electorali derogatum sit, respicere: Quamvis enim Dn. Schilterus* d. l. addit. ad. c. 11. n. 16. in fin. *putet, opinionem Mevii & Redeckeri, statuentium, jus obstagii ab Imperii ordinibus in ipsorum provinciis, salva constitutione Imperii, denuo certis conditionibus introduci posse, cum grano salis accipiendam esse, ne fraus fiat legi Imperii, adeoque non tam de formali obstagio intelligendam, quam de obligatione ad arrestum: docet tamen Bese* d. disput. c. 3. th. 3. & 4. *formale obstagium hodie adhuc in Holsatia, Electoratu Brandenburgico, & Ducatu Megapolitano, item inferiori Saxonia obtinere.*

In easdem rationes impingere videtur obligatio ad exilium, quæ non minus ab juris civilis ratione aliena videtur, ut probat Goedd. *tr. de contrah. stipul. c. 6. n.* 415. etsi novissime dissentiat D. Wissenbach. *ad h. th.* 4.

Scholium.

Cujus opinio iterum mihi præ Auctoris placet, tum quia hic minor est obligatio, quam ad carceres, tum quod Jus civile hoc nusquam prohibuit. Alta vero est quæstio, An expediat Reipublicæ ejusmodi fidejussores in exilium mittere; quam hic non definio. Conf. interim Dn. Pufend. lib. 8. c. 3. §. 2. circa fin.

RE-

RESPONSIO.

Pœnæ sunt inventæ ut Reipubl. satisfiat ad emendationem, ad exemplum, ad vindictam; cujusmodi nihil est in exilio, aliis quam delinquentibus irrogato. Sufficit, ejusmodi nihil in legibus, quæ de solutionibus agunt pecuniariis, reperiri.

N. ADDIT.

Prior pars responsionis pertinet ad quæstionem, an expediat reip. tales fidejussores in exilium mittere, in qua non repugnavi sententiæ Auctoris. At quæstio est, an in potestate fidejussoris sit se ad exilium obligare. Affirmo, quia nusquam legibus est prohibitum. Omne vero quod non est prohibitum, licet. Quare sua male cadit responsio Auctoris, sufficere, quod id non sit in legibus concessum.

Obligatio ad obstagium, sive ad custodiam, ni debitum certo tempore solvatur, olim apud Germanos frequens, prohibita est Lege publica * Recess. Imper. de ann. 1577. *tit.* 27. Gail. 2. *observat.* 45.

3. De beneficiis fidejussorum, & quibus casibus cessent, dictum est simpliciter *apud Inst.* ubi & de renunciatione, quam expressam esse oportet, specialem esse non oportet. Expressa, inquam, ne quisquam juri æquissimo, & naturæ negotii convenientissimo, nisi id bene valideque constet, renunciasse videatur. Plane, si nihil aliud dixerit aut scripserit Fidejussor, quam quod in ipsa fidejussione fuit comprehensum, antequam beneficia fuissent introducta, quorum primum *divisionis*, auctorem habere constat *Hadrianum*: nulla est causa statuendi, per ejusmodi verba renunciatum esse beneficiis. Ergo, si fidejussor dixerit aut scripserit, se velle teneri *ut principalem*, cum hæc sit natura fidejussionis notissima, cui demum per beneficium Ordinis sive Excussionis in *Nov.* 4. derogatum est, non potest illa formula renunciationem hujus juris inferre. Nam hisce demum verbis, & huic fidejussionis obligationi, beneficium illud applicatum est a Justiniano: proinde nunc etiam a sponsoribus eodem sibi modo applicari potest. Ea de re diximus *apud Inst.*

4. Eademque ratio versatur in hoc casu: fidejussores obligarunt se in solidum singuli, & singuli pro omnibus. Hos amisisse beneficia Ordinis & Divisionis, tanquam ex jure Civili, auctor est Grotius *Introd. lib.* 3. *t.* 3. *n.* 54. ubi, *een voor al*, *ofte elck sonderling*; quod Groenewegius *ibi* pluribus confirmat Edict. & municipalibus. Ego tamen magis adsentior A. Matthæo, *tract. de obligat. disp.* 31. *th.* 9. neganti, talibus dictis inesse renunciationem beneficii divisionis. Nam de Ordinis sive Excussionis quod scribit Grotius, hoc etiam illis verbis amitti, adeo non habet speciem, ut conciso genere styli id ei excidisse putem. Textus in diversum clari sunt in *l.* 51. *h. t. l.* 3. *C. h.* ubi; *nam licet significes, adjectum esse in obligatione, ut singuli in solidum tenerentur, tamen nihil hæc res mutat conditionem juris.* Item, inter eos fidejussores actio dividenda est, qui *solidum aut partem virilem* promiserunt, *d. l.* 51. *pr.* ubi notes oportet, verba exacte respondentia Grotianis, quando plures fide sua esse jusserunt, *solidum aut partes viriles*; *een vor al*, *of elk een deel*; hoc casu ne quidem opus esse beneficio divisionis; tunc enim ab initio non nisi pro parte singulos obligatos, constare scribit Papinianus *d. pr. l.* 5.

5. Tenendum igitur, expressa opus esse renunciatione beneficiorum, quibus cum æque gaudeant constitutores, *l. f. C. de Const. pec.* his eandem regulam esse applicandam, vult ratio juris, de qua tamen aliquando secus judicatum recordor, in hujusmodi specie; *promitto me soluturum, cum primum monitus fuero, duo millia florenorum quæ Titius debet*, hac lecte, ut mihi cedatur actio contra Titium. *ante ferias Canicul.* 1681. Aderat tamen & alia ratio, quasi Constitutor in illa specie novationem fecisset, qua de re *ad tit. seq.*

6. Porro inter casus quibus cessat ordinis beneficium, veteres & hunc retulere, si quis pro magno Principe, vel admodum potente, qui non possit cogi ad solvendum, fidejusserit, ut testatur Schneidewinus ad §. *si plures.* 4. *Inst. de Fidejuss. n.* 6. cujus rei hæc ratio reddi potest, quod inter partes id actum videatur, ut ne discussio expectetur ejus debitoris, qui discuti non possit, quam rationem secuta est Curia nostra, cum Ordines Frisiæ per suum Quæstorem pecunias accepissent fœnebres, & Quæstor pro Ordinibus debitorem se constituisset: ei deinceps beneficium discussionis im-

* Et lege Saxonica *Constit.* 22. *P. II.* quam illa publica Imperii lex est insecuta. Holsati tamen hujus Juris tenacissimi sunt, ut ex constitutione Christiani IV. Daniæ Regis, & Adolphi Holsatiæ Ducis 1606. & alia ejusdem Regis, & Friderici Holsatiæ Ducis 1630. editis, ipsisque Imperii nostri Constitutionibus, Instrumento Pacis Osnabrugens. *art. VIII.* §. *Intergenda* & *Recess. Imp. de A.* 1654. §. 140. valere est. Videsis Doctiss. Porgieseri *Commentationem de Obstagio, Tractatui de indole & Natura Pignoris adjectam*, *cap. maxime.* V.

implorandi, denegatum est, in causa *Mariæ a Schwartzenburg cum sociis*, contra *Gossicium Hiddema Frisiæ Quæstorem*. d. 24. *Martii* 1640.

7. De beneficio divisionis, ejusque renunciatione, * præter ea quæ habuimus ad *Inst. n.* 7. & modo locuti sumus, hæc notabimus: utrum plures fidejussores diversis temporibus, an pariter dati sint, nihil mutat jus divisionis *l.* 43. & *l.* 48. §. 1. *h. t.* Nec refert, utrum plures fidejussores pro fidejussore primo, an pro ipso reo dati sint. *l.* 27. §. 1. Sed inter fidejussorem, ejusque fidejussorem, non fit divisio; vires enim sequentis fidejussoris primo sunt aggregandæ. *d. l.* 27. §. 2.

SCHOLIUM.

Si scilicet hunc solum conveniam, vel illum solum: habebit tamen fidejussor fidejussoris exceptionem ordinis, si prior fidejussor non tum fuerit excussus.

8. De beneficio Cessionis, nihil est quod addamus ea de re dictis ad *Inst. n.* 8. nisi quod ratio, cur Doctores aliqui velint, cessionem post solutionem ab uno fidejussore in solidum factam, utiliter institui; atque adhuc sufficere ad actionem adversus confidejussorem dandam, secus ac adversus correum, paulo clarius explicanda videtur: Ajunt, quod est verum, Correos habere non nisi unicam obligationem, quæ per solutionem ab uno Correorum factam penitus tollitur, ideoque tum nullo modo in alium transferri potest. Sed in fidejussione sunt plures obligationes, una principalis debitoris, & fidejussorum totidem quot sunt personæ. Quando jam unus fidejussorum solvit, debitor quidem ipso jure liberatur, *pr. Inst. Quib. mod. toll. obl.* sed quia fidejussores propriis stipulationibus tenentur creditori, & fidejussor qui solvit hoc non egit, ut solveret pro confidejussoribus, sed pro debitore principali, Confidejussores non directe, sed per consequentiam atque per exceptionem removentur, ut ipso jure adhuc vivat eorum obligatio. Hæc ratio accedens ad æquitatem subveniendi fidejussoris imprudentiæ, si prætextum sustinendi cessionem post solutionem factam præbere potest, ratio tamen non patitur, ut Creditorem, cui solutum est quidquid ei debetur, adhuc quod cedat habere dicamus. Sed hac quæstione plane non est opus, post ea quæ diximus ad *tit. Mandati*, *n.* 9. *p.* 470.

9. Fidejussorem simpliciter datum in perpetuum obligari, diximus ad *Inst. h. t. n.* 10. sed addam facti speciem, non spernendæ dubitationis. Octo Cives *Harlingani*, spoponderant pro mercatore quodam facultatibus lapso, in mille sexcentos florenos. Instrumentum quasi ad omnes populos scriptum erat, in quo declarabant, se potestatem facere *Wibio*, sic erat nomen, emendi vina pro dicta summa, quam, si ipse deficeret, se soluturos pollicebantur, singulos scilicet ducentos florenos; hoc erat adjectum, ne beneficio divisionis opus esset. Wibius a quodam Mercatore Amstelodamensi vina comparat pro florenis 1640. eique tradit instrumentum sponsionis. Solvit etiam, & rursus emit variis temporibus, pro 1300. florenis; solutiones faciebant 1900. florenos; restabant mille quadraginta, quos Creditor a Sponsoribus Harlinganis petebat. Hi respondebant; nos spopondimus pro mille sexcentis florenis, quos jam pridem principalis debitor collocavit eosdemque solvit, ad ita nos liberati sumus. Creditor contra, quamdiu ille vestrum habebat instrumentum, ejus facultate poterat uti, modo non obligaret vos ultra summam præscriptam; quia fidejussio simpliciter & sine limitatione temporis erat concepta; proinde si post emptionem mecum peractam, cum eodem instrumento se contulisset ad alium mercatorem, huic vos æque fuissetis obligati. Si non nisi de primis *mille sexcentis* consilium vobis fuisset obligari, ut illis consumptis, fidejussio consumeretur, id exprimendum, aut instrumentum citius repetendum fuisset. *l.* 7. *C. Locati.* Contra Sponsores; quod ipso jure commissum & finitum erat, ad hoc exprimendum aut revocandum se non fuisse constrictos arguebant. Et hæc ratio, quanquam pro Creditore non deerant qui juris rationem militare statuebant, tum quidem in Curia nostra prævaluit, etsi fidejussores ex alia causa, de qua *ad tit. de Solution.* partem debiti solvere condemnati sint.*

10. Difficultas inveniendi fidejussorem, sæpe tanta est, ut ea res, cujus gratia fidejussor datur, in ipsius manibus relinquenda sit, & quia rebus alienis incumbere, eaque specioso prætextu retinere, ἐράσμιον πρᾶγμα, ut ait Ju-

* Hoc beneficium cessare, si fidejussores se obligaverint in solidum: *Sammt und sonders einer für alle, und alle für einen*, tradunt Coler. P. 2. *dec.* 210. *n.* 42. Richt. *Vol.* 2. *Cons.* 2.3. *n.* 9. *sq.* j. Schilter. *ad ff. Exr.* 40. §. 20. sed in Electorali Saxonia de contrario usu, testantur Hartm. Pistor, *Obs.* 112. Carpz. P. 2. *C. El.* 22. *def.* 9.

Justinianus *Novell.* 72. *amabile negotium habetur*, quæsitum est, an alia securitate præstita, cogi possit, ut rebus cedat. Exempli gr. Qui sententia vicit, a qua Supplicatio sive Revisio petita est, non potest ad executionem procedere, nisi fidejussione pro judicato Revisionis præstita, in casum retractationis. *Nov.* 119. *c.* 5. Nemo fidejussor esse vult, nisi re pecuniave controversa in manibus suis collocata. Lis multos annos pendet, ut fit apud nos inprimis in casu Revisionis. Victor alio fidejussore oblato, aut pignore sufficiente pro sorte & accessoriis, cavet sponsorem indemnem fore, petitque restitutionem. Fidejussor tamen negat restitutionem, nisi a sponsionis obligatione liberetur, quod non nisi ab adversario fieri potest: Is autem ad hoc nullo modo compelli potest. Dicendum igitur, fidejussorem cogi ad restitutionem, admissa cautione pro sua indemnitate, quæ sufficiat; quia certi juris est, ut qui rem alienam tenet, eam domino, si justa ex causa pro indemnitate caveatur ipsi, restituat. Potest tamen esse res dubia, ut visum in tali causa. Titia & Caja, cum duobus fratribus hæredes alicujus factæ, ipsæ partes suas acceperant, fratres aberant, nec, ubi &, an usquam essent, constabat. Proinde partes eorum administrandæ, ut juris esse, diximus *alibi*, sororibus erant permissæ sub cautione. Quæ cum fidejussorem invenire non possent, pecunias collocaverant apud Sempronium, hac lege, ut donec fratres abessent, aut de morte eorum constaret, is bona custodiret, usurasque solveret exiguas. Sorores ad paupertatem extremam redactæ, cum jam fratres plus annis triginta abfuissent, petebant a Sempronio, ut sibi illa bona restitueret, aliumque fidejussorem satis idoneum pro indemnitate ipsius offerebant; qui, jam nulla fere spe reditus fratrum, facilius, & meliori conditione poterat inveniri. Sempronius offerebat restitutionem, si ab sua fidejussione liberaretur. Quod non erat in potestate mulierum, quæ scilicet, ut bona fratrum ipsis plane concederentur, nondum impetrare potuerant, eo quod nihil plane de morte illorum constabat, neque tanta ætas adhuc effluxerat, quæ præsumptionem de morte peremptoriam inferre poterat, qua de re locuti sumus *ab tit. de Probat. n.*19.*pag.* 102. non erat tamen invidendum sororibus, quibus reditus concessi erant, si sortem alibi æquioribus usuris sub pari cautione collocare poterant, nec ille causam recusandi, certus indemnitatis, habebat. Ideo pars dominorum sub illa conditione reum condemnabant; pars, ægre tamen, reum offerendo restitutionem, si a fidejussione liberatus esse, absolvebant, & sic absolutus est *ante ferias Pasch.* 1681.

TIT. II.

De Novationibus & Delegationibus.

I. Remissio, & observationes quædam singulares. II. Esse novationem, qua dominus fundi Colonum secundum, cui primus sublocavit, pro Colono suo recipit. III. Constituti a Novatione discrimen.

(a) HUic Rubricæ satisfactum est *ad tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n.* 6. *& seqq. & supra tit. de Judic. n.* 24. Tu hic obiter nota, vulgo pro novatione sumi, confectionem novi instrumenti super eodem debito: quod verum non est, etsi debitum augeatur, si modo qualitas non mutetur; appellatur tamen abusive novatio in *l.* 57. *de Administr. Tut.* A. Matth. *tract. de oblig. disp.* 45. *th.* 23. sicut eam haberi necesse fuerit, si de priori, & quod eadem sit, non liquido constiterit; prudentiaque opus est in hujusmodi novationibus instrumentorum, ut parata sit fides obligationis pristinæ, contra eos quorum interesset, hanc quoque esse novam. Nota II delegatio tollit exceptionem doli, qua debitor contra delegantem se uti posse sciebat, *l* 12. *h.* nec, etiamsi ignoraverit, contra novum creditorem habet hanc exceptionem, verum tunc delegantem convenire debet, *d. l.* 12. quod in fidejussore secus est. *l.* 32. *de fidej. l.* 7. §. 1. *de excep.* vid. *supr. tit. Mand. n.* 11. III. Si creditor, facta delegatione, novum debitorem non solvendo reperiat, regressus ad priorem debitorem minime datur, nisi is dolo malo adfirmaverit eum esse idoneum satis. *l.* 7. §. *ult. & l. sequ. l.* 25. *& l.* 38. *de dol. mal.* A. Matth. *d. disp.* 41. *th. ult.*

2. Quan-

(a) *Pos.* 1. 2. 3. *&* 4.

2. Quando accidit, (sæpe usu venit) ut domines fundi novum Conductorem, cui Colonus fundum sublocavit, acceptet pro suo Colono, iisdem licet omnino conditionibus, quas primus habuerat, hæc est Novatio, per quam primus Colonus liberatur, est enim adsumptio novi debitoris in locum prioris. Ac ideo si contingat, secundum esse reliquatorem mercedum, primus pro illis non tenetur: qui teneretur, si novatio facta non esset. Usu venit, ut tali casu dominus executionem dirigeret in domum secundi conductoris sibi pignoratam, in quam Sublocator habebat hypothecam priorem: At dominus pati debuit, ut primus Conductor idemque sublocator, eum ab hac domo omnique adversus petitione submoveret. *Ate Jacobs* Curator liberorum *van Tjepke Tjepkes*, contra *P. W. Procuratorem Dominæ ab Ursule &c. ante ferias Quadragesf.* 1680. Quæ res commonefactos habere debet homines, ut in ejusmodi occasionibus novationem excipiant, quæ alioquin ex mutatione personarum, ubi nulla fidejussionis species, necessario præsumitur.

3. Constitutum non esse Novationem, diximus *ad tit. de Constit. pecun.* nec ideo, quod quis sine fidejussione se debitorem pro alio constituit, novationem committi, satis ibi demonstratum est. Non erat igitur novatio in illa specie, quam *tit. præced. n.* 5. proposuimus, pro qua tamen habitam fuisse recordor, sed erat constitutum solvendi quod alius debebat: quod etsi minus evidenter hodie a novatione distingui potest, sublato stipulationum a pactis distinctorum usu, manet tamen hæc differentia, quod novatio non præsumitur ubi non exprimitur, & ubi potest esse sponsio vel participatio alieni debiti. *l. ult. C. de Novat.* Accedebat in proposito exemplo pactum, ut cessio fieret constituendi in principalem debitorem, manifesto argumento, non esse delegationem, primique debitoris liberationem. Confer. *d. n.* 5.

T I T. I I I.

De Solutionibus & Liberationibus.

I. Quis, cui solvi possit. II. Quæstio illuc pertinens. III. Quid solvendum; una solutione tolli debitum plurium causarum. IV. Cui ex pluribus debito, imputetur facta solutio. V. De solutione debiti sub usuris & sub pæna. VI. Item annui Debiti. VII. Ubi & quando facienda solutio. VIII. De Oblatione remissive. *IX. De Confusione.*

(a) ETiam de solutione diximus *ad tit. I. Quib. mod. toll. obl.* Neque dicta repetemus, sed non erit otiosum, sequentes articulos recensere. Quis, cui, quid, ubi, quando fieri possit solutio. I. Quis? Non modo debitor ipse, qui alienandæ rei suæ potestatem habet, *l.* 14. §. *ult. h. t. l.* 10. *C. eod.* sed & Procurator & negotiorum gestor, *l.* 18. *C. h. t. l.* 45. §. *ult. de negot. gest.* & quivis alius, ut dix. *ad tit. I. Quib. mod. toll. obl. n.* 4. De his, qui sub Cura sunt, diximus ad §. *ult. Inst. per quas person. cuique adquir.* II. Cui? Solvitur non modo ipsi creditori, sed & procuratori curatorive ejus, *l.* 12. & *l.* 14. *h. l.* 24. *de Neg. gest.* vel euicunque alii, jubente & adsignante creditore, *l.* 49. *D. h. t.* specialiter scilicet: Nam Procuratori ad litem non potest solvi, *l.* 86. *h.* nec præposito ad locandum merces, solvi potest, *l.* 1. §. 12. *de exercit. act.* nec ideo mandatarius ad vendendum recte solutionem accipit; sed opus est speciali mandato, vel generali ad omnia bona, *l.* 12. *in pr. h. t.* quo respectu Tutoribus etiam recte fit solutio. *l.* 14. §. 1. *h.* Quod si dominus solutionem aliis factam non habeat ratam, datur ei condictio, vel vetus actio. *l.* 14. *in pr. h. t.* Nisi ex circumstantiis liqueat, ut sæpe usu venit, hoc actum esse, ut per consequentiam Procurator ad actum aliquem, solutionem ejusdem causæ faciat vel accipiat, ut in *l.* 35. *h. t.* Sand. 3. 16. 2. Si quis obligationem cesserit alii, nunquid debitor adhuc solvere potest cedenti, ut cessionario non teneatur? Potest tuto, nisi denunciatum ei sit ne solveret cedenti, vel certior de cessione factus fuerit, *l.* 3. *C. de Novat. l.* 6. *C. de hered. vel act. vend.* quod confer & refer ad ea quæ dicta sunt ad *tit. Mand. p.* 2. *num.* 10.

2. (b) Quæritur, si capta civitate, debitor hosti solvere coactus sit, an hoste pulso, vetus

(a) *Pos.* 1. 2. 3. & 4. (b) *Pos.* 5.

tus creditor adhuc agere queat: Negatur, nisi debitor ante hostis adventum in mora fuerit. *arg. l.* 13. *de Negot. gest. l.* 82. §. 1. *de V. O. l.* 27. §. *ult. de Leg.* 3. Mornac. *ad d. l.* 13.

SCHOLIUM.

Hæc quæstio quamvis recte definita, tamen quia ad Jus naturale spectat, ex aliis principiis decidenda est, quam ex legibus civilibus.

RESPONSIO.

Si nullus est melior Juris naturalis interpres, quam Legislator Romanus, ut vel ejus inimici fatentur, non possunt argumenta ejus juris ab ejusmodi Quæstionibus esse aliena. Sed est quæstio ex ratione Juris Gentium publici & civilis privati mixta: ejusmodi materias ad illud Jus Gentium pertinentes, ex Jure Civili plurimum illustrari, docet Grotius per totum Jus B. & P.

N. ADDIT.

I. Nescio quos hic intelligat Justiniani inimicos Auctor. Ego ex JCtis neminem novi. Neque enim tales sunt, qui nævos Jurisprudentiæ Justinianeæ cæcis palpandos ostendunt. Hi vero nescio ubi fateantur, nullum esse meliorem Juris naturalis interpretem, quam Justinianum vel Tribonianum, cum omnes leges, quarum Tribonianus auctor est, ejus ignorantiam bonarum artium ubique demonstrent. II. Dum vero Grotius materias ad jus Gentium pertinentes ex jure civili plurimum illustrari per totum opus docet, per Jus civile non intelligit constitutiones Justiniani, sed notissimum Pandectas seu rudera ex Scriptis eruditorum ac prudentum JCtorum hac diligentia Triboniani ad interitum redactis. III. Aliud est definire controversiam, seu adhibere argumenta probantia, de quo locutus sum in scholio, aliud adhibere argumenta illustrantia, de quibus loquitur Grotius. Illustratio enim potest esse sine probatione, secundum vulgatum: Exempla non probant, sed illustrant.

3. (c) Solvendum porro quod debetur, ut dictum ad *Inst. h. t* sed quæritur, si res alia volenti in solutum data sit, eaque evicta fuerit, utrum prior obligatio duret; quod videtur, quasi ex prævio tacito consensu. *l.* 46. *h. t. l.* 8. *C. de Sen. & interlocut.* Solutionem quoque per partes invito obtrudi non posse, dictum est ad *Inst.* quod si volenti partem debitor solverit, etiam reliquum agnovisse videtur. *l.* 2. *C. ad SC. Macedon. l.* 7. §. *pen. D. eod.*

Si unicum sit debitum, & plures debendi causæ, non est dubium, quin unica numeratione omnes liberentur, *l.* 38. §. 2. *h. t. l.* 44. *h. t.* non obstante, *l.* 54. *eod.* ubi dominus non dicitur solvisse totum, ne solvisse quidem omnino dicitur.

SCHOLIUM.

Stringit tacite Wissenbachium, qui ad h. t. th. 16. *dicit, in* d. l. 84. *supponendum esse, quod Dominus de peculio servi conventus, non solidum, sed partem debiti solverit. Verius enim est, dominum ibi nihil solvisse, ut Auctor hic.*

4. (d) Porro qui ex diversis causis debens, partem solvit, imputare potest quod numerat, ei causæ, cui voluerit, *l.* 1. *de Sol.* si non dixerit, creditor id facere potest, modo sine captione & in continenti. *d. l.* 1. *de Solut.* Neutro apud solutionem id exprimente, imputatur ei debito quod maxime debitorem allevat, *d. l.* 1. *& seqq.* potius quod satisdato, quam quod sine satisdatione debetur, *l.* 4. *h.* si nullum prægravet, antiquiori, *l.* 5. *in pr.* cunctis paribus, imputatur universis. *l.* 8. *eod. tit.* adde *l.* 97. *h. t.* Quem usum hæc habeant, exemplo declaretur. Sector publicus petebat rem in auctione a Primo emptam, in quam ipse habebat hypothecam, & jus retentionis ex pacto, quamdiu pretium non erat solutum. Emptor eam rem vendiderat Secundo, qui per hypothecariam conveniebatur. Hic re explorata, opponebat, venditorem suum Primum solvisse plus quam pro re illa debuisset. Sector replicando hinc collocabat, summas a Primo pro variis mercibus debitas, inde solutiones variis temporibus factas; quibus collatis restabat ei summa notabilis, pro qua jus hypothecæ implorabat. Si non fuisset additum, in quam debiti causam facta fuisset quæque solutio, recte potuisset ipse solutionem factam, cui debito vellet, imputare; sed a debitore dictum, idque rationibus adjectum erat, solutionem pro mercibus Junio mense comparatis esse factam: Atqui patebat rem controversam mense Junio fuisse emptam, & sic hypothecam per solutionem ipso jure esse liberatam, in causa *Wilhelmi Hilarii Quæstoris auctionum Leovardiensis* contra *A. B. d.* 18. *Jun.* 1651.

Addamus aliud exemplum, quod *ad tit. de Fidejussor. n.* 9. in alium finem retulimus. Mercator lapsus bonis, sponsione nova pro certa summa fretus, emerat denuo a veteri creditore, eique diversas pecuniarum summas solverat. Hic solutiones successive posuerat e regione debiti tam veteris quam novi, & postre-

(c) *Pos.* 6. 8. 9. & 17. (d) *Pos.* 12. & 13.

ſtremo, collatis omnibus, *reliquum* prædicto loco expreſſum, quod a Sponſoribus petebat. Hi præter rationem *ſupra* adductam, movebant, Creditorem non debere ſolutiones poſt ſuam ſponſionem factas imputare veteri credito; quippe eo ſubducto, debitorem, pro quo illi ſpoponderant, plus ſolviſſe quam poſt tempus ſuæ ſponſionis emiſſet. Creditor contra; Cum debitor ſimpliciter ſolviſſet, in ſua id eſſe poteſtate cui debito ſolutiones imputare vellet. Aut in dubio, vetuſtiori debito imputationem eſſe faciendam, qood pro ſua intentione foret. Atque ea ſententia vicit: Etſi in contrarium dici poterat, ſolutionem ſimpliciter dictam imputari debere debito, quod fidejuſſores habebat, *d. l.* 4. *h. t.* ſecundum quam rationem fidejuſſores *Harlingani* fuiſſent abſoluti. Nam in propoſita facti ſpecie neuter dixerat, in quod debitum ſolveretur, *utriuſque demonſtratio* ceſſabat, ut ait *d. l.* 97. Tum vero ita juris eſt, quemadmodum audivimus ex *l.* 4. Tu. dices, ceſſante demonſtratione, præſumendum eſt creditorem feciſſe imputationem in vetus debitum, pro quo non habebat ſponſorem; de novo debito ſecurus erat. Reſponderi poteſt, debitoris eſſe priores partes imputandi; at is præſumendus eſt, maluiſſe duplici, quam una principali obligatione ſe liberare, quæ eſt fidejuſſoria cum principali, & ideo hanc præſumptionem vincere oportere; ſed magis eſt, ut præſumptio hac parte non admittatur, quia debitoris imputatio a creditore poteſt recuſari. *l.* 2. *h.* Denique lex vult, in dubio magis id ſolutum videri pro quo ſatisdatum eſt, quam antiquius. *d. l.* 4. & *l.* 5. *in pr.* (1)

5. (e) Quod ſi vero debitum ſit uſurarium, ſolutio omnium primo uſuris, poſtea ſorti imputatur, nec id debitor mutare poteſt, *l.* 5. §. *pen.* & *ult. d. tit.* idque ideo, ne uſuræ pereant: quia ſorte ſoluta, uſuræ, quæ ex judicis officio debentur, peti non poſſunt, ut *alias* dictum, cui accedit, quod inter partes id actum ſit, ut uſuræ manente ſorte ſolverentur, ideoque juxta illum ordinem ſolutio facta præſumitur; niſi quando uſuræ non ſunt liquidæ, ſed controverſæ, qua de re Sand. 3. 16. 3. Scilicet, non modo principalem, ſed & acceſſorias obligationes perimit ſolutio, qualis eſt pignorum, fidejuſſorum, omneſque cautiones. *l.* 38. §. 2. & *l.* 44. *eod.* Quando ſub pœna aliquid debetur, ſorte (c) ſoluta, pœna exigi nequit, *l.* 10. §. 1. *de Pact. l. ult. Quod cert. loc.* & *l.* 28. *de action. emp.* pœna ſoluta in ſortem imputatur, (d) *l.* 42. *Pro ſoc. l.* 28. *de Action. Emp.* & *l.* 44. §. *pen. de O. & A.* nempe, ſi quis rem aut pœnam ſit ſtipulatus; Nam quod in pœnam tardæ ſolutionis aut delicti exactum eſt, lucro cedit (e) creditoris, *l.* 79. *de furt. l.* 6. *Locat.* excepta ſpecie *l.* 22. *de pignor. act.*

SCHOLIUM.

(c) *Id eſt, debito principali.*

(d) *Hoc eſt, ſi pœnam ſolverit, debitum principale peti nequit, niſi in quantum plus in eo eſt.*

(e) *Id eſt; poterit tunc etiam debitum principale poſt jam acceptam pœnam exigi.*

6. (f) Nota denique, eum, qui debet annuam quantitatem, reditusve annuos, nec omnium ſolutionem probare poteſt, ſufficere, ſi probet triennii proximi ſolutionem, per *l.* 3. *C. de apoch. publ. lib.* 10. junct. *l.* 1. *C. de fiſc. tricomm.* Maſcard. *de probat. concluſ.* 1327. Wiſſenb. *ad h. t. th.* 16. Hinc quæſitum fuit, quid juris in tali ſpecie. Venditum erat prædium duobus aureorum millibus, certis penſionibus ſolvendum. Kalendis Majis quingenti, ſequentium annorum Kalendis Majis centeni, uſque ad univerſam ſolutionem erant ſolvendi. Inſtrumento venditionis erat inſcriptum, omnes penſiones a ſecunda ad ultimam eſſe ſolutas, de prima nihil conſtabat, & res inter Creditores agebatur. Venditor primam penſionem jure prærogativæ adhuc petebat; ſequens Creditor ſolutionem præſumptam ex quindecim terminis poſterioribus arguebat. Sed venditoris intentio prævaluit, eo quod memorata præſumptio locum habeat in annuis reditibus æqualibuſque penſionibus, non in ſolutione ſortis per vices penſionum facienda, & quidem ubi tanta erat inæqualitas inter primam & reliquas penſiones. *In cauſa Franciſci Scheltema, contra Aukjen Feickes, Creditricem Reineri Nardi. d.* 27. *Octobr.* 1640. Adde Anton. Merend. 6. *Controv.* c. 22. Hæc omnia pertinent ad articulum, quid ſolvatur.

7. (g) V. Locus ſolutionis, ubi nihil eſt dictum, intelligitur domus creditoris, ſi modo uterque ejuſdem fori ſit, per *l.* 21. *de oper. libert.* Sichard. ad *l.* 19. *C. de uſur. n.* 17. de conventione certi loci, diximus *ad tit. de eo quod cert. loc.* VI. Tempus, quo ſolvatur, opor-

(e) *Poſ.* 14. 15. & 16. (f) *Poſ.* 18. (g) *Poſ.* 11. & 10.

(1) *Utiliter legi poſſunt quæ hac de re diſputat Joſephus Averanius* interpret. jur. lib. 1. cap. 30.

portunum sit oportet, & quidem, si pura obligatio, statim peti potest, §. 2. *Inst. de V. O.* *l.* 105. *h. t.* & *l.* 21. §. *ult. de Recept.* at cum temperamento §. *ult. de Inutil. stipul. d. l.* 21. §. *ult.* & *d. l.* 105. De solutione ejus quod in diem debetur, egimus ad *d.* §. 2. *Inst. de V. O.*

8. (h) Ad hunc titulum posset etiam agi de oblatione & obsignatione pecuniæ, quæ vim solutionis habet, sed occupatus est hic articulus ad *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n. ult.* item *ad tit. ff. Depositi n.* 10. & ad *Tit. de Usuris n.* 26. *pag.* 85. & 86.

9. (i) Agitur etiam de confusione in *l.* 75. *h. t.* de qua similiter actum in sæpe dicto *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n.* 13. Per eam pignora quoque & fidejussores liberari, docet ratio & textus in *l.* 38. *in fin. de Fidejuss.* si nempe creditor hæres fit debitoris qui dedit fidejussorem, ut *illic*, quia tunc etiam principalis obligatio tollitur. *d. l.* 38. Quod si fidejussor hæres debitoris fiat, aut debitor hæres fidejussoris, tollitur obligatio fidejussoria, & manet sola principalis. *l.* 5. *de fidejuss.* & *l.* 93. §. 2. *h.* Verum si correus correo fiat hæres, utraque obligatio manet, etsi una solutione perimatur, *d. l.* 5. ac ita in eventu fit confusio, *l.* 93. §. 1. *h. t.* quos textus ita sis, concilia. Denique, si Fidejussor Creditori hæres fit factus, æque fidejussoria extinguitur, & manet principalis. *l.* 21. §. 3. *de fidejuss.* Postremo si Creditor uni ex correis hæres fit factus, adversus alterum correum, & hujus vel utriusque sponsorem, manet obligatio. *l.* 71. *in pr. de Fidejuss.* (2)

Hæres fiduciarius idemque Creditor, aditurus hæreditatem ut eandem restituat, prudenter & recte petit, ut sibi de suo credito caveatur. *l.* 59. *in pr. ad Sc. Trebell.* Si tamen coactus adierit, jus suum non amittit, *l.* 4. *eod.* Imo nec si volens adierit; etsi enim ex ratione juris confusio debiti causam abolitura sit, æquitas tamen vult, ut ex fideicommisso detur repetitio, *l.* 80. *in fin. eod.* quod Scævola ibi concise indicat his verbis; *sed fideicommissi repetitio erat.* Adde Wissenb. *ad h. t. th.* 17.

TIT. IV.

De Acceptilatione.

I. Remissio, & Acceptilationem non recipere diem vel conditionem. II. Observatio illuc pertinens ad Acceptilationem alternativam. III. Convenientia & discrepantia Solutionis & Acceptilationis. IV. Pactum de non petendo, ab Acceptilatione hodieque differre. V. De Apochis & usu illarum.

(a) DE Acceptilatione transegimus ad *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n.* 5. *pag.* 351. Quibus adde sis, quod in diem vel sub conditione facta, nullius momenti est, *l.* 4. & 5. *h. t.* ubi & ratio, quia perimit obligationem ut solutio, cujus non nisi præsens effectus est; accedente hac ratione, quod sit actus legitimus, quales non recipiunt diem vel conditionem. *l.* 77. *de R. J.*

Et tamen non refert, utrum pura sit obligatio, an in diem vel sub conditione contracta: omnes acceptilatione tolli possunt, licet effectus acceptilationis appareat demum existente die vel conditione. *l.* 16. *de Sol. l.* 12. & *l.* 21. *D. h. t.*

2. Huc etiam illud pertinet, quod, cum alternativa obligatio unius speciei solutione tollatur, idem alterius speciei acceptilatione contingat, ut nec altera species peti possit. *l.* 27. §. 6. *de Pactis.* Et tamen alternativa obligatio conditionalis, per acceptilationem ejusdem alternativæ non extinguitur, sed altera species, altera pereunte, adhuc peti potest. *l.* 13. §. 6. *h. t.* Quin & si primo absonum videatur, Acceptilationem unius e duabus rebus obligationem extinguere totam, & totius alternativæ acceptilationem id non efficere, desinet tamen ita videri, si exemplum inducas. *Erotem aut Stichum dare, si navis ex Asia venerit Spondes? Spondeo.* Est alternativa conditionalis obligatio. *Erotem aut Stichum, si navis ex Asia venerit acceptum fers? Acceptum fero.* Est alternativa acceptilatio, quæ nondum habet effectum in alterutra specie. Quando igitur Eros perit ante conditionem existentem, Acceptilatio alternativa non est amplius talis, ac

(h) *Pos.* 19. 20. & 21. (i) *Pos.* 22. 23. & 24. (a) *Pos.* 1. & 2.

(2) *Eleganter admodum de Confusione scripsit Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 1. cap. 11.

ae ita evanescit. Cæterum, in pura stipulatione & acceptilatione alternativa, cum hæc statim effectum habeat, dicendum, alternativam obligationem per acceptilationem ejusdem generis tolli; Etsi enim talis acceptilatio a solutione differat, quod solutio nunquam alternative fieri possit, tamen Acceptilatio per se alioqui tollit verborum obligationem ejusdem formæ & conceptionis.

3. Usque adeo cum Solutione convenit Acceptilatio, ut si fidejussori acceptum sit latum, debitor etiam liberetur. *l.* 13. §. 7. *h.t.* In aliis tamen discrepant. (b) Quippe non cuicumque solvi, is etiam acceptum ferre potest; adjecto solvi potest, etiam invito stipulatore, §. 4. *inst. de inutil. stipul. l.* 12. §. *pen. D. de solut.* nec tamen is accepto ferre potest. *l.* 10. *de solut.* Tutoribus & curatoribus solvi potest, nec tamen accepto ferri directe. *l.* 13. §. 10. *h. t.* Item, sicut uno solvente correo alter liberatur, ita si ex pluribus debendi reis uni accepto feratur, vel unus stipulandi reus acceptum ferat, reliqui liberantur. *l.* 16. *D. h. tit.* & *l.* 2. *de duob. reis.* Nec adversatur *l.* 2. §. 3. *de V. O. l.* 1. *C. de Transact.* nec enim de correis loquuntur. Plura Thomasius *hic.*

N. ADDIT.

Nescio vero, cur illa plura non addiderit, præprimis cum non consentiant cum iis quæ ibi posuit Auctor. Nam loco verborum, quæ hic habet. Nec enim de correis loquuntur, *ibi dixerat*; Nec enim secus est, quam si Creditor actiones suas adversus correos cedat. *Ad quæ adjeceram: hoc videtur Auctor innuere: unum correum debendi liberari per acceptilationem alteri factam, a creditore, non vero a correo, si creditor ipsi jus suum ante acceptilationem cesserit. Sed hæc responsio non quadrat* ad l. 1. C. de transact. *quæ aperte creditori post acceptilationem aut transactionem jam factam, adhuc actionem dat. Ergo potius dicendum, ibi sermonem non esse de duobus correis, sed de duobus tutoribus, qui etiam de jure ff. habent beneficium divisionis. Vid. supra* de administr. & per. tut. n. 10. *Quod vero attinet* d. l. 2. §. 3. de V. O. *sunt equidem Pauli verba*, pars cæterorum obligationi supererit, *talis, ut tam de obligatione respectu creditoris, quam de ea quæ est respectu correorum post cessionem factam possint intelligi. Sed vereor tamen, ne priorem in mente habuerit, tum propter vocem*, Supererit; *tum quod Paulus in quæstione plane simili a reliquis JCtis dissentiat; de qua supra ad* Instit. de duobus reis n. 2. *Hactenus scholium meum, ex cujus prima parte, ut apparet, Auctor jam suam responsionem correxit*.

4. Moribus hodiernis, quod Pactum de non petendo & Acceptilationem nihil differre scripsimus, ad *Inst. tit. Quib. mod. toll. obl. n.* 5. *in fin.* caute accipiendum, de modo exprimendi pacta non petendi & acceptilationes, eó quod utrobique vulgaria, non concepta verba adhibeantur. Sed usus & effectus & expressio differunt; aliis enim verbis concipimus id quod appellatur *kwytscheldinge*, quæ est *Acceptilatio*, & aliis *Belofte van niet te manen*, id est pactum de non petendo. Priore modo debitum funditus tollitur, Posteriore manet obligatio, manet semper debitum & debitor; etiam potest ad tempus esse, proque certa persona, ut hæredes iterum convenire liceat, quæ de Acceptilatione prædicari nequeunt. Et quidem pacti de non petendo ad tempus, aut a certa persona, longe usitatiora sunt quam simplicia. Qui enim plane vult renunciare credito suo, fere in hoc est, ut acceptilatione utatur, nec forte an adeo, quod ad effectum attinet, inter Acceptilationem & pactum de non petendo simplex & reale, multum interesse dixeris. Instituitur autem Acceptilatio non tantum donandi animo, sed etiam transactionibus hodieque subjungitur, ut diximus *ad tit. de Transact. n.* 2. *in fin.* atque in novationibus adhiberi solet, ubi pacta non petendi nec hodie usu venire possunt. *l.* 4. *de Condict. c. d.*

5. Quomodo Apocha ab Acceptilatione distinguatur, habuimus ad *Inst. tit. præd. n.* 5. idque *non minus* hodieque servatur. Quemadmodum Solutio & Acceptilatio in effectis conveniunt, idem de Apocha, quæ est solutæ pecuniæ confessio, intelligendum. Proinde sicut Acceptilatio simpliciter facta perimit omne debitum cui subjicitur, *l.* 6. *h t.* sic etiam de Apocha existimandum, quando simpliciter, inquam, est concepta. Quin etiam, ubi debitum est incertæ quantitatis, apocha vero ad illam spectans certam habet quantitatem, in dubio totum videbitur esse peremptum, *arg. d. l.* 6. nisi aliud ex circumstantiis colligendum, ut si causa debiti sit ejusmodi, quæ tractum temporis habet; qualis in hoc exemplo: Advocatus clienti suo dederat apocham septendecim ducatorum, pro salario in tali causa. Dein longe majorem summam petebat, in diminu-

(b) *Pos.* 3. & 4.

minutionem quod acceperat imputans. Cliens apocham simpliciter conceptam, ut universi debiti peremptoriam demonstrabat; sed aliter judicatum est, quia pendente lite scire non poterat, quantum salarium esset futurum: nec quidem in præteritum vi peremptoria valuit, eo quod Advocati, pendente lite, non habent expeditum, quid expenderint. In causa *A. C.* contra *Nicolaum van der Laen, d.* 7. *Mart.* 1680. In dubio tamen, natura negotii non refragante, recedendum non est ab eo, quod diximus, Apocham simpliciter conceptam perimere totum debitum, qua de re judicati exemplum habuimus ad *Tit. de Pactis pag.* 114. etsi prudentius, utrum in totum, an pro parte valeat, exprimatur. Certe nunquam, etsi generalis, ultra debitum cui subjicitur vis ejus extendi potest; nisi generalibus concepta verbis ad quælibet debita, non ad unum specialiter se referret; qualis omne quidem debitum prius tempore perimit, ut tamen qui talem habet, restitutionem rei alterius propriæ nullo modo negare possit, *arg. l.* 26. §. 4. *de Liberat. Leg.* A. Fab. 4. C. 4. *def.* 32. Postremo tenendum, etsi pro exhibitione instrumenti plerumque sit præsumptio Solutionis, multa tamen evenire posse, quominus id ita præsumatur; ut demonstratum est ad *tit. de Pactis*. Ideoque recte sibi consulere debitores, quando solvunt, si non contenti recipere chirographum, apocham subjici curent, qua de re, aliisque eodem spectantibus, actum *in Jurisp. Hod. part.* 1. *Lib.* 3. *c.* 39. *n.* 9. *& sequ.*

TIT. V.

De Stipulationibus Prætoriis.

I. Parum utilem esse hanc Rubricam. II. Differentiæ inter conventionales & prætorias Stipulationes.

(a) STipulationes Prætoriæ sunt in *h. t.* non quæ a mero Prætoris officio proficiscuntur, ut *tit. I. de Div. Stip.* sed quæ ex edicto Prætoris injunguntur. Hæ sunt vel judiciales, quæ propter judicium interponuntur, ut est cautio de rato, & judicatum solvi; vel cautionales, quæ ut nova sit actio, intercedunt, ut legatorum, de tutela, de rato, & damni infecti; vel communes, quæ fiunt judicio sistendi causa, *l.* 1. *pr. & §. sequ. h.* vel conventionales. Sed hæc quadruplex divisio parum liquido usu constat, ut recte Bachov. *not. parat. h. t.* Contentis esse licet nobis ea partitione, quam habuimus in *tit. Inst. de divis. stipul.* quo remittimus Lectorem.

2. (b) Differentiæ inter prætorias & conventionales stipulationes præcipuæ sunt hæ; Prætoriæ per fidejussores firmandæ sunt, *l.* 7. non Conventionales. II. Ex prætoriis actio per Procuratorem adquiritur, *l.* 3. *&* 5. *h. t.* non e conventionali. *l.* 73. §. *ult. de R. J.* III. Prætoriæ pro parte committuntur, ita ut si a pluribus sint præstitæ, ac unus non impleat, reliqui non teneantur, si pro suis partibus satisfecerint. *l.* 9. §. 1. *Si quis caut.* Ex conventionalibus si unus non impleat cautionem, nihilominus reliqui tenentur ad id in quo unus ille defecit. *l.* 5. §. *ult. de V. O.* IV. Prætoriæ, si fidejussores desierint esse solvendo, rursus præstandæ sunt, *l.* 4. *de Præt. stip. l.* 8. §. 3. *& l.* 10. *in f. Qui satisd. cog.* de conventionalibus id nusquam traditur. In prætoriis Magistratus explicat ambigua, *l.* 9. *d. t. de prætor. stipul.* in conventionalibus contra stipulantem fit explicatio. *l.* 26. *d. reb. dub.* Agitur ex his stipulationibus, si id quod convenit factum non est, adversus debitorem & ejus fidejussorem, *l.* 4. §. 2. *Rem. pup. vel adol. salv. for.* scilicet in id quanti ea res erit, hoc est, quanti interest factum non esse, aut ad pœnam, si qua sit verbis comprehensa. *l.* 6. *in fin. hic.* Solet enim omnibus prætoriis stipulationibus facti, pœna adjici, *l.* 6. *& l. fin. hic.* ad evitandas probationum super eo quod interest difficultates. *d. l. fin. in fin.* Incertum enim continent. *l.* 2. *hic.* §. *ult. I. de V. O.*

TIT. VI.

Rem pupilli vel Adolescentis salvam fore.

(a) HAoc satisdationem Tutor præstat, de qua dictum in *Inst. lib.* 1. *tit.* 24. Eam stipulatur pupillus, vel alius qui in curatione est, ipse, si præsens sit & fari possit, licet ejus sit ætatis ut non intelligat quid agat. Si absit, aut fari non possit, servus ejus. Si

(a) *Pos.* 1. *&* 2. (b) *Pos.* 3. 4. 5. 6. 7. 8. *&* 9. (a) *Pos.* 1. 2. *&* 3.

Si servum non habeat, emi debet; si non sit unde ematur, servus publicus apud Prætorem stipulabitur, aut Prætor aliquem dabit qui stipuletur, isque pupillo actionem adquiret utilem. *l.* 2. 3. & 4. *in pr.* & *l.* 6. Ex stipulatione oritur actio, quæ contra tutores & eorum fidejussores datur finita tutela, *l.* 1. *hic* contra protutorem vel curatorem, & fidejussores ab eis datos, statim ac quæque res salva esse desiit. *d. l.* 1. & *l.* 4. §. 7. Hac autem actione id consequitur pupillus, quod in tutelæ judicium venit. *l.* 4. §. 6. & *l.* 9. *hic.* Moribus hodiernis, sicut *apud Inst.* dictum, rarius in usu est satisdatio. Verum stipulationes semper a Magistratibus exiguntur, easque Tutores jurejurando confirmant.

TIT. VII.

Judicatum solvi.

I. Remissio, cum quibusdam singularibus. II. De uno judicio facta num valeat in alio. III. Usus ejus.

(a) DE hac cautione diximus *ad tit. Inst. de Satisd. in pr. n.* 4. & *seq.* quorum summa hæc est. Jure Veteri reus actione in rem conventus, satisdabat judicatum solvi, secus in actione personali. *pr. I. de Satisd.* Ratio, quia judiciis realibus agitur de corporibus, quæ perire vel deteriora fieri possunt, in personalibus vertuntur quantitates, quæ nec perire nec deteriores fieri possunt. *arg. l.* 11. *C. Si cert. pet.* Habet tres clausulas hæc cautio, rem defensum iri, dolum malum abesse, abfuturum esse, judicatum solutum iri. *l.* 6. *h. t.* Ex una causa sive clausula hæc stipulatio commissa, ex aliis amplius committi nequit, *l.* 5. §. 2. *eod.* si videlicet idem, & ex eadem causa, ab eodem petatur: alias secus est. *l. fin. eod.* Ea res latius exponitur in *l.* 13. *pr. h. t.* ubi & hoc discimus, ob rem non defensam, non committi stipulationem, si res ad litis contestationem non pervenerit; sed tantum, si post litis contestationem eremodicium fuerit contractum.

2. (b) Porro, cum & hæc stipulatio ex conventione partium pendeat, *consentaneum est, si quis apud aliquem judicem iturus, judicatum solvi stipulatus sit, apud alienum vero agat,* stipulationem non committi, & fidejussorem non teneri, *l.* 3. *in pr.* nempe, si nomen judicis in stipulatione fuerit expressum, cautumque sit, *ut quod Sempronius judex judicasset, id præstaretur, l.* 20. *h.* quo casu ne quidem apud judicem appellationis tenet hæc cautio judicatum solvi: *nempe si reus in priori instantia fuerit absolutus* & in appellatione condemnatus, ut est in specie *d. l.* 20. Quod si Reus, qui cavit judicatum solvi, priore instantia condemnatus sit, quia tum fidejussor tenetur, appellatione interposita non potest desinere teneri, quoniam nihil ea pendente novandum est. *Tit. D. Pend. appel. nih. innov.* Ideoque & fidejussoris obligatio suspenditur, dunec reus a superiori judice sit absolutus; si vero condemnetur, fidejussorem omnino teneri necessum est: quod multo magis dicendum, si cautio in rem facta sit, nulla certi judicis mentione facta; tametsi Bartolus in *d. l.* 20. contra senserit. Verum id quod diximus Curia nostra secuta est in hujusmodi casu; Titius pro Cajo judicatum solvi fidejusserat, in causa *sub judice Leovardiensi* pendente; Cum autem Cajus condemnatus appellasset, fidejussor credens se facilius contra mandatorem suum, quam adversus eum cui ex fidejussione obligatus erat, auditum iri, petebat se per Cajum onere fidejussionis liberari, idque duplici ratione: prima, quod cum mentione judicis Leovardiensis fidejussisset, ideoque apud supremam Curiam non teneretur; altera, quod fidejussor post condemnationem adversus debitorem agere possit ut liberetur. *l.* 38. §. 1. *Mandati.* Ad priorem rationem modo responsum est, eaque ad posteriorem perinde sufficit. Nondum enim est in statu condemnationis, qui appellavit, cum sententia per appellationem suspendatur, imo extingui dicatur in *l.* 1. §. *ult. ad Sc. Turpil.* Bartolus in contrarium motus est, maxime verbis §. *si vero aliquis.* 4. *in fin. I. de Satisdat.* ubi fidejussor judicatum solvi, teneri dicitur ad præstandum *omnia-que in condemnatione continentur*, NISI PROVOCATUM FUERIT. Et quibus verbis, Bartoli sententiam claro & evidenti testimonio confirmari scribit Fachinæus in *lib.* 8. *Controv. cap.* 57. cui proinde suæ approbationis calculum adjicit, quod nobis non videtur. Nec enim Justinianus in *d.* §. *si vero.* docet, fidejussorem non teneri

(a) *Pos.* 1. 2. 4. 7. & 9. (b) *Pos.* 6.

neri amplius appellatione interposita, sed non cogi præstare quod in condemnatione continetur, cum ejus vis provocatione suspendatur; Ideoque secundæ instantiæ eventus expectandus est. Atque ita Curiæ nostræ visum, Fidejussorem, qui judicatum solvi caverat apud Judices Leovardienses, Reo ibi condemnato, per appellationem interpositam non liberari. *In causa N. van der Ledy, contra Gabrielem Roquevel, ante ferias Pentecost.* 1680. Quanquam Fachinæus in *pr. d. cap.* 57. inter omnes constare scribit, si nomen prioris judicis in cautione judicatum solvi expressum sit, fidejussorem in causa appellationis non teneri, per *d. l.* 20. quæ tamen agit de casu quo *petitor appellavit*, Reusque prima instantia absolutus est; Tunc nihil est causæ, cur fidejussor certi judicii, illo finito, amplius teneatur. Verum an is, qui in rem fidejussit, promisitque se judicatum soluturum, sine mentione vel respectu judicis certi, liberatur etiam ubi semel reus est absolutus, appellatione licet interposita? Non videtur, etsi Bartolus & Fachinæus ita enixe velint. Rectius Martinus Glossator, aliique laudati a Fachinæo tenent, eo casu fidejussorem teneri, dum causa peremptorie decisa, & in statum executionis deducta sit, quod ex generali conceptione verborum, quæ cum effectu accipienda, sine dubio colligendum. Trentacinqu. *lib.* 2. *Resol.* 3. *de Expens.* Anton. Gabr. *Comm. Conclus. lib.* 3. *de Fidejuss. concl.* 4. Tesaur. *Decis.* 202.

3. (c) Quando jure novo, moribusque hodiernis usum habeat hæc Satisdatio, diximus *ad Inst. d. tit.* Reducitur ad duos fines, Arresti relaxandi, & Interventionis, sive defensionis: De Arresto diximus ad *tit. de in jus voc. p.* 88. idque jam tota Europa notissimi usus habetur, Arresta tam personalia quam realia, solvi per satisdationem de judicato solvendo, quod & meritissima juris ratio postulat; ne quis alium hominem alienamve rem, si caveatur, detineat. De interventione accurate diximus ad *tit. de Procurat. pag.* 150. & *seqq. part. preced.* ubi quod subjicimus, a necessariis defensoribus non exigi hanc cautionem, id de absolute necessariis, qui judicio ab Actoribus compelluntur, non de his, quos ibi secundum quid necessarios appellavimus, accipiendum.

TIT. VIII.

Ratam Rem haberi, & de Ratihabitione.

I. Usus hujus cautionis. II. Etiam extra judicium. III. Casus quibus cessat.

(a) PRocurator actoris, cujus mandatum aliquo defectu laborat, stipulanti reo promittere debet, Dominum, quidquid egerit Procurator, ratum habiturum, idque per fidejussorem confirmandum est. *l.* 1. *C. de Procur. l. un. C. de Satisd.* Idem potest habere locum, quando Statutum requirit ut Procurationis instrumentum a Notario scribatur, quod apud nos sancitum. Non est juris dubium, quin hic defectus cautione de rato suppleri possit, nec opus, ut ea causa Procurator exceptione cum expensis, ut fit, se rejici patiatur, quod offerendo cautionem evitare potest, ut que posse debet. Si quis omnino mandatum ad agendum non habeat, eum nullo modo admitti, exceptis, sub hac cautione, Personis conjunctis, diximus *a tit. de Procurat. p.* 145. *part. preced.* ut inter personas conjunctas sit etiam uxor, qua de re dix. *sup. p.* 210. Ferme idem obtinet in aliis negotiis, unde actio nasci potest. *l.* 20. *h. t.* Eadem ratio est in actoribus civitatis, ut si dubitetur, an sint actores vel Syndici, caveant de rato, *l.* 23. *de Adm. tutor.* quod cum rarius eveniat, hinc tales, ut & curatores bonorum non cavere dicuntur. *l.* 9. *h.*

2. Nec tantum in judicialibus, sed etiam in contractibus obtinet hæc cautio, *l.* 2. *h.* cum hoc effectu, ut si non fiat quod est promissum, per defectum ratihabitionis, is qui cavit, ejusque fidejussores, in id quod interest teneantur. *l.* 13. *h. t.* Cum autem in extrajudicialibus hæc cautio fiat eodem fine, quo in judicio, supplendi defectus mandati causa, rursus apparet, quam frivolus sit usus ejus in maritis, qui pro uxoribus agentes, se pro his de rato cavere profitentur, cum hi nullius indigeant mandati, ut jam demonstratum est ad *tit. de Tutela pag.* 213.

3. (b) Cessat hæc cautio, I. Si Procurator in judicio sit datus, nisi reconventionis causa. *l. un. C. de satisd.* II. Si in libello Principi oblato professus sit actor se dedisse Procuratorem. *l.* 21. *h. t.* Vid. *tit. ad I. de Satisdat. n.* 4.

LIB.

(c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3.

LIB. XLVII. TIT. I.

De Privatis Delictis.

I. Continuatio, & de voce delicti. II. Definitio, & quo sensu non omne factum turpe sit delictum. III. Delictum e facto materiaque sui aestimandum, non animo solo. IV. De imperfectis delictis. V. Quid turpitudinem delicti faciat. VI. De concursu actionum criminalium. VII. Heredem ex delicto defuncti non teneri.

ABsolutis omnibus quae ad Contractus & negotia judiciaque Civilia pertinent, sequuntur duo, quos Justinianus vocat, terribiles libri, de Maleficiis, eorumque poenis. Crimina, delicta, maleficia dicas, non multum quidem interest, *l.131.in fin.de V.S.* nisi quod delicta generalius, crimina tristius aliquando graviusque, *l.2.§.8.C.de Vet.jur.enucl.* maleficia de fraudulentis magis quam audacibus; flagitia de turpioribus exaudiri videntur, ut exemplis demonstrare longius, quam difficilius foret.

2. (a) Sunt autem *Delicta*, si definito opus, *Facta turpia, quae Legibus puniuntur.* Est heic genus & differentia. Tu dices, nonne sufficit ad delicti naturam, ut sit *factum turpe*, quod ibi tantum generis loco ponitur? Non videtur, quia sanctione legis opus est, ut factum pro delicto in civitate habeatur: quo pacto si Malmesburiensis philosophus dixisset, *ex lege Civili sola colligendum esse*, quid fas, quid honestum aut scelestum sit, dum ait; *quid furtum, homicidium, adulterium, & injuria sit, id ex legibus civilibus cognoscendum est. tract. de Cive cap.* 13. §.7. non esset adeo intolerabilis sententia, quam esse probavimus *part. 2. Digress. lib.1.c. 8.num.* 10. Haec cum illa, positio nihil habet commune; is enim ita censet, eos, qui sunt in statu naturali, id est, qui non sunt eodem Imperio devincti, juris, hoc est ejus quod fas, nefas, bonum, scelestum vocatur, inter se non habere communionem, nec inter se injurias posse committere. Nos, quidquid est turpe, semper esse nefarium & *injustum* arbitramur, Τὸ γάρ μὴ καλὸν οὔποτ' ἔφυ καλὸν ut Euripides: sed delicti aestimatio civilis a poena dependet. *l.41.de Poen.* Atqui ut non omne honestum legibus, tanquam necessarium praecipitur, ita nec omnia turpia puniuntur, ut probavimus *d.lib.* 1. *Digress.c.2.n.4.* Dicat Martialis in masturbatores,

--- Scelus, est mihi crede, sed ingens,
Quantum vix animo concipis ipse tuo.

Et mox, *Istis quod digitis, Pontice, perdis, homo est.*

Non est tamen delictum illud non magis quam ebrietas, quia *Legibus* non *punitur*. Adjungunt igitur haec verba differentiam definito, ut ita loquar, essentialem, nec adeo debent abesse.

3. Sed quod delicta vocantur FACTA, suggerit has observationes: primo, quod delictum in cogitatione, cujus poenam nemo pati dicitur in *l.* 18. *de Poen.* non constat, sed adsumpto actu crimina intelligi oportet. *l.* 225. *de V. S.* Secundo, Cogitatio, si ad factum processerit, non dat formam delicto, si corpus sive materia facti non conveniat. (b) Ideo qui nunquam rem alienam invito domino subtraxit, qui nunquam matremfamilias alienam contrectavit, tametsi putet se fecisse, non est fur

(a) *Pos.* 2. (b) *Pos. 6. & 7.*

fur nec adulter. *d. l.* 225. Si credat aliquis, invito domino se rem ejus contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. §. *Sed & si credat.* 8. *I. de Obl. ex del.* Qui cum alterius uxore cubare se putans, ancillam amplectitur delusus, non est adulter, quia non est verum quod alienam uxorem corruperit. *l. 6. §. 1. ad L. Jul. de Adult.* Etsi coram Deo plane reus sit, ut vere commisit: Juris enim divini est, *crimina mente metiri*, Legislatoris, *quotiens manu rem tenere potest*, ut Cicero dixit. Quid est igitur, quod in *L. 14. D. Ad L. Cornel. de Sicar.* habetur; in maleficiis voluntas spectetur, non exitus? & in *l. 5. C. ad L. Jul. Majest.* sic Arcadius & Honorius; *Eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri, jura voluerunt?* Satis constat, hæc loca non de cogitationibus secretis, propositisque solo animo conceptis, sed de actu aliquo adsumpto, vel supposito saltem accipienda.

4. Sed quousque factum, ut pro delicto habeatur, procedere oporteat, generali definitione statui non potest: sunt equidem perfecta, vel imperfecta delicta. Perfecta, quæ cujusque maleficii nuncupationem implent; & imperfecta, quæ ad plenitudinem suam non pervenerunt, quod ex singulorum proprietatibus colligendum. In universum, imperfecta delicta non eadem severitate, sed mitius puniri, quidquid Cæsares in *d. l. Quisquis.* 5. dicant, jura voluerunt, *l. 3. de His qui not. infam. l. 1. in pr. & §. ult. de Extraord. crim. l. 21. §. 7. de Furt. l. 16. §. 8. de pœn.* Idque ratio suadet omnino, respectu imbecillitatis humanæ, qua primi motus ita non sunt in potestate, ut eorum actus eodem rigore, quo perpetrata facinora, excipi debeant. Aliquando penitus transmittuntur, ut in crimine Falsi; qui scripsit falsum testamentum, si tamen signatum non sit, plane transmittitur, *l. 6. ad L. Cornel. de Fals.* quod etiam in levioribus flagitiis servatur, ut *d. l. 3. Qui not. infam.* Quod si factum sive corpus delicti sit impletum, etsi effectum extra se non habuerit, ideo non desinit perfectum esse delictum, ut, si falsum sit præscriptum signatumque, sed nihil inde sit petitum aut exactum. *d. l. 6. in pr. de Falf.* Denique sit etiam, ut imperfecta facinora pœnis ordinariis subjiciantur, ut in Lege Cornelia de Sicariis, de eo qui cum telo ambulaverit hominis occidendi gratia constitutum; quin & conscientia sceleris in crimine Majestatis, quod tamen quo pacto sit accipiendum, suis quæque locis videbimus. (c) Porro & consilium aliis dedisse, si modo eventus secutus fuerit, crimen est. *arg. §. 11. in fin. Inst. de furt. l. 36. §. 1. & l. 52. §. 19. de furt. l. 16. pr. D. de pœn.* Et qui opem ferunt, crimen contrahunt, sive ante commissum scelus id faciant, sive in ipso crimine, sive post commissum crimen, si illorum ope reus aufugit. *l. 54. §. 4. D. de furt. l. 7. D. ad leg. Pomp. de parric. l. un. vers. & qui eis auxilium C. de rap. virg. L. 1. §. 1. D. ad leg. Corn. de Sicar.* Opem tulisse etiam is intelligitur, qui adstitit, tametsi manus non moverit, scil. terrendi causa. *arg. d. d. ll.* Qui mandat scelus, quique mandatum exequitur, uterque reus est ordinariæ pœnæ, ut diximus *ad tit. I. Mand. n. 6.* Non eadem causa jussus est, quæ mandati. Qui enim jussum ejus, in cujus est potestate, executus fuerit, ordinaria pœna non semper est adficiendus. *l. ult. C. de his qui sib. adscr. in test. l. 8. C. ad leg. Jul. de vi. l. 2. C. de Sep. viol.*

5. (d) Porro non tantum materia facit turpitudinem delictorum, sed & animus delinquentium. Etenim Facta *turpia* dicuntur, non ob culpam, sed quia dolus in iis requiritur. *l. 53. fin. pr. de Furt. l. 3. §. 1. de injur. l. 7. ad L. Cornel. de Sic.* Solum damnum e culpa æstimatur, *§. 3. & sequ. I. de L. Aquil.* non raro tamen & culpa gravior extra ordinem punitur, *l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 9. l. 11. de Incend. ruin. naufrag. l. 38. §. 5. de Pœn.* quin & sola scientia in atrocioribus. *l. 2. ad L. Pomp. de parricid. l. 5. C. ad L. Jul. Maj.* Hinc qui doli capaces non sunt, ut furiosi & infantes, non delinquunt, *l. 12. ad L. Corn. de Sicar.* secus proximi pubertati. *l. 111. de R. J. §. pen. I. de furt. l. 23. D. eod.* Dolus non modo propositum est, quo delinquunt e.g. latrones; sed & impetus, puta ebrietatis, iræ, amoris, libidinis. *l. 11. §. 2. & l. 16. §. 2. D. de Pæn. l. 7. §. ult. D. ad leg. Jul. repet.* De quasi-delictis, quæ sine dolo eorum qui puniuntur constant, non est locus in Pandectis proprius, ideoque ad *Instit.* ubi diximus, hac parte recurrendum.

6. (e) Inde etiam repetenda Judiciorum divisio, in publica & privata, quam vid. *ad tit. I. De oblig. quæ ex del. nasc.* Sunt igitur delicta vel privata, vel publica; verum dantur spe-

(c) *Pos.* 8. 9. & 10. (d) *Pos.* 3. 4. & 5. (e) *Pos.* 1. 11. 12. 13. & 14.

species, quæ & privata & publica delicta sunt; ut si quis instrumenta sua prodita dicat, hoc & privatim extra ordinem, *l.* 8. *de extraord. Crim.* & publice vindicatur. *l.* 1. §. 6. *ad l. Corn. de fals.* item concussio, *l.* 2. *de Concuss. l.* 1. *&* §. 1. *pr. de fals.* denique plagium. *l.* 1. *& t. tit. ad L. Fab. de plag.* Adde *l. un. C. quand. civ. act. crim.* Ex hac autem lege quæritur, quid juris sit in concursu actionum criminalium; quod eodem modo decidendum fere, quo articulus de concursu civilium actionum, definiendumque, idem non esse bis exigendum; quo facit, quod pœna eleganter æstimatio delicti dicitur. *l.* 41. *in f. de pœn.* Igitur cum civiliter de privato delicto ad pœnam actum est, criminaliter de eodem agi non potest, nec vice versa, sed alternative procedendum. *l. ult. h. l. ult. de furt.* add. *l.* 7. §. 1. *de Injur.* & imprimis *l.* 56. §. 1. *de furt.* dix. *ad h. t. Inst. sub fin.* Sed privatum judicium non tollit publicum, quia hæc dantur diversis personis, nec rei persecutoria actio criminale judicium. *d. l. un. Quand. civ. act.* Quod si plura delicta sint, uno licet facto, tum sine dubio datur concursus, *l.* 2. *pr. &* §. 1. *h.* etsi movet scrupulum *l.* 53. *in pr. de O. & A.* de qua diximus in *Prælect. Inst. de obligat. ex del. sub fin.*

7. (f) Porro ex delicto neque civiliter neque criminaliter hæredes teneri, pro certo habemus; nisi post litem contest. *l.* 1. *pr. h.* vel nisi reus diu post stipulationem jud. sistendi causa decesserit, *l.* 10. *si quis caution.* qua de re diximus ad *tit. Inst. de perpet. & tempor. act.* Pœnas quoque delictorum in duplum, triplum, quadruplum, moribus hodiernis cessare, manifestum est; qua ratione, & numquid in universum, videbimus *ad tit. de Pœnis*.

TIT. II.

De Furtis.

I. Remissio, & an furta usus hodie pro talibus habeantur. II. Quid si quis partem rei abstulerit. III. Domestica furta lenius an gravius punienda. IV. Positiones quædam aliæ. V. Quatenus pœnitentia furti actionem tollat. VI. Furem præter pœnam corporalem, teneri condictione, licet res non extet, ut & ejus hæredem.

(a) NOn est integrum nobis recedere ab instituto, quod est, alibi dicta non repetere; * ideoque defunctis hac rubrica ad *Institutiones tit.* 1. *lib.* 4. remissio illuc facta loco expositionis erit.

In lege 18. *de Condict. furt. Furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit.* (1) Item, *qui jumenta sibi commodata longius duxerit .... furtum facit. l.* 40. *h. t.* Negant hodie Pragmatici, talia commissa furti crimine censeri, ut probat auctoritate multa Groenewegius ad §. 6. *&* 7. *I. de Obl. ex del.* Quid apud populos, qui jure civili utuntur, ut nostrates? Videtur hac parte mollities temporum cessisse veterum severitati; nec enim pro furtis habentur aut puniuntur, nisi major & exquisita detegatur improbitas. Plane quod ejusmodi facta creduntur hodie furti vitio exempta, fit inde, opinor, quod Procuratores Generales nonnisi de ablationibus fraudulentis & gravioribus agunt; Privati vero in duplum vel in quadruplum nunquam agunt, sed condictione tantum in id quod interest, cujusmodi actiones nec speciem, neque titulum furti habent, etsi vera

(f) *Pos.* 15. (a) *Pos.* 1.

(1) *Modo nomine veri creditoris assumpto, in persona sua mentitus sit, tunc enim vere committit furtum, & de hoc tantum specie sapienda est* l. 18. de Condict. furt. *quod si nihil in persona sua mentitus sit, is qui sciens indebitum accepit, fallax est magis quam furtum facit.* l. 43. pr. §. 1. 2. & 3. de furt. *Vide Bartholom. Chesium interpret.* jur. lib. 2. cap. 17.

* Præter ea, quæ de furtis *supr. P. I. p.* 157. 159. 160. 161. 163. 164. monita sunt, hoc loco operæ pretium est observare, (1) non obtinere ratione pœnæ differentiam inter furem diurnum & nocturnum, nec illum gladio, sed ordinaria furum pœna, affici, etiam Jure Saxon. Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 78. *n.* 9. Schilt. *ad ff. Ex.* 49. *th.* 8. *seq.* (2) furtum magnum, pro quo in Saxonia El. tantum habetur, quod 5. aureos excedit, P. 4. *C.* 32. §. *Wenn einer.* puniri laqueo, licet sit simplex, & prima tantum vice commissum, *d. C.* §. *und. foll.* parvum autem, si 2. cum dimidio aureos excedat, fustigatione, carcere vel mulcta, *d. C.* §. *ferner.* sine discrimine, sive prima sive tertia aut secunda vice commissum fuerit (3) pœnam suspendii in femina æque ac in masculo obtinere. *Land. R. l.* 2. *art.* 13. Carpzov. P. 4. *C. El.* 32. *def.* 10. (4) in furto non qualificato, pœnitentiam & satisfactionem ab ordinaria pœna liberare *d. C.* 32. §. *f.* add. Menck. *Tract. Syn. Instit. p.* 110. *seqq. Pandect. p.* 626. *seqq.* Berger. *El. Jur. Crim. p.* 41. *seqq.*

vera æstimatione talia furti vitio infecta sint. Plane ut recte dicas, furta quidem esse, verum furti actionem de illis non dari. Idem de plerisque furti usus, & possessionis speciebus, existimandum.

2. (b) Credo nec illam hodie subtilitatem probatum iri, qua is, qui partem ejus, quod totum tollere potuit, abstulit, vi contrectationis fur totius censetur, contra ac si totum tollere nequiverit. *l.* 21. §. 8. *h. t.* Quid enim, Furatus est aliquis e sacculo ducentorum Ducatonum duos, eritne fur duorum, an ducentorum? Credo duorum, nec amplius repetitur, nec aliter punietur. Imo dixerit aliquis: si animum spectes, certum est, eum, qui totum tollere potuit, plus quam sustulit furari noluisse: Qui vero sumpsit quantum potuit de cumulo non portabili, totum animo videri furatum, contra Ulpianum *in d. l.* 21. §. 8. At is magis ad corpus delicti, quam ad animum delinquentis respexit. Hoc autem respectu, absonum dictu est, furem esse totius, qui non potuit fur totius fieri, sicut nemo potest esse fur ejus, quod ferre non potuit. Quatenus vero tollere potuit, hactenus saltem terminos furti habiles adesse, apparet.

3. Paulus in *l.* 89. *h. Si Libertus Patrono, vel cliens, vel mercenarius ei qui conduxit, furtum fecerit, furti actio non nascitur*; quia domestica furta mitius habenda sunt. *l.* 11. §. 1. *de Pœn.* Mirum qui factum sit, ut judicia nostri hominum seculi, tam e diametro Romanis adversentur. Nam hodie furta domestica severius, etiam capite puniuntur, ut testantur undique pragmatici, Groeneweg. *ad* §. 12. *I. de Obl. ex delict.* Carpz. *Prax. crim. Part.* 2. *Qu.* 82. *num.* 55. etsi Elector Saxoniæ nullum discrimen inter domesticos & extraneos servari voluerit, ut ibidem Carpzovius *n.* 56. Utri rectius, mores an Leges, disceptat, non decidit A. Matthæus ad *tit. de Furt. c.* 1. *n.* 2. Forte nihil erres, si distinguendum putes inter officium Patrisfamilias & Judicis. De illo, videtur esse durum, ut homines domestica consuetudine devinctos, pater ipse familias severitati publicæ objiciat: præsertim si leviora sint commissa, quomodo sententiam Pauli Marcianus limitat in *l.* 11. §. 1. *de Pœn.* cui accedit, quod tales domestici plerumque novi sint facinorum, occasionibus abrepti, & emendationis capaces. Quin vidimus graves atque prudentes viros, qui famulos suos gravium quoque furtorum compertos, tamen illis parcere, suisque castigandos remittere, quam Judici tradere maluerunt. Ex adverso alias rigorem eorum, qui mercenarios suos furti compertos, severitati publicæ exposuerunt, vulgo improbatum meminimus. In Judice *qua tali*, magis valet hæc ratio Ciceronis. *Ea maxime peccata animadvertenda, quæ difficillime præcaventur. Orat. pro Rosc.* non esse autem ullis majorem furandi copiam quam domesticis, res ipsa loquitur. Ac ita nostrates. Non habemus de Furto proprias Leges; Ideoque utimur jure civili hac etiam parte; sed perpetua jurisdictione receptum est, ut si furta domestica publice accusentur, aliquando severius puniantur, secundum merita circumstantiarum; nunquam tamen ad mortem, vel abscissionem membri, *Nov.* 134. *c. ult.* sed inustione stigmatis, vel longiori exilio; Nam mortis pœnam in simplex furtum, non quidem credimus rectæ rationi non minus, & juri divino, quam Romano adversam, ut pridem a nobis aliisque demonstratum; quidquid novissime in contrarium prolixe disputet Carpzovius *Part.* 2. *Pract. crimin. Cap.* 77. *n.* 14. *& seqq.*

4. (c) Qui nummos e re sua, a fure vendita redactos, ei excussit, is furti tenetur, etsi animus lucrifaciendi abesse videatur. *l.* 38. §. 2. *de Nox. act.* Nempe, si is postea contra furem instituat agere furti, *d.* §. 2. tunc enim non abesse animus lucrifaciendi. Sed hodie fur solus actioni erit obnoxius; Qui nummos excussit, nec criminaliter, cum vix deliquerit, neque civiliter tenetur; cum fur eo casu, nisi ipse jam litis æstimationem præstiterit, non habeat repetitionem.

(d) Colonus ob fructus ereptos agit furti, quia interest ipsius, *l.* 14. §. 2. *h.* imo domino fundi datur actio, per *l.* 60. §. 5. *ff. Loc.* Sed dic, utrique actionem competere, *l.* 82. §. 1. *h.* idem de debitore & creditore propter pignus videtur. *l.* 12. §. 2. *h. t.*

(e) Aliquando furti actionis & condictionis vocabula confunduntur, ut videtur in *l.* 9. *pr.* junct. §. 1. *h. l.* 9. *D. de in lit. jur.*

(f) Plures, qui simul delinquunt & furantur, omnes ad eandem pœnam, & quidem in solidum obligantur, *l.* 21. §. 9. *h. & l.* 51. *ad L. Aquil.* ut nec unius solutio reliquos liberet, *dd. ll.* quod de publica pœna verissimum, de condictione, quæ datur privatis, secus est. *per l.* 57. *de R. J.*

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 2. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5. (f) *Pos.* 6.

5. Fur-

5. *Furti peccato per pœnitentiam nemo desinit esse nocens. l. 65. h.* Privatis tamen actio, quæ *Moribus* unice rei persecutoria est, post restitutionem a pœnitente fure factam, adimitur. *l.* 54. §. 3. *h.* Publica pœna non remittitur, nec ideo hunc casum inter eos, quibus cessat ordinaria furti pœna, referre necessum est, cum Carpzovio *Part. 2. Prax. Crim. quæst.* 80. *n.* 65. Nisi quatenus in universum merita circumstantiarum, pœnam aliquando mitigari suadent. Aliter, qui capitis pœnam huic maleficio imposuerunt, qui ob pœnitentiam in tempore demonstratam, *merito* de moderatione cogitant. Idem de Transactione a domino cum fure facta, de qua Carpz. *ibidem n.* 80. existimandum.

6. Sed quæritur, an post corporalem furti pœnam, agi possit adversus furem ejusve hæredem ad repetendam rem ablatam; Pœnam dupli vel quadrupli cessare, probavimus *ad Inst. sub fin.* Sed rei vindicationem vel condictionem furtivam cum actione pœnali, seu pecuniaria sive extraordinaria corporali concurrere, nullum est dubium. §. *fin. I. de Obl. ex del.* §. *Ex maleficiis* 15. *I. de Action. l.* 1. *de Privat. del.* A qua sententia juris Civilis cur recedendum sit, nulla reddi potest idonea ratio; cur pœna, inquam, publica, rem suam vel rei suæ pretium, is cujus interest, amittere debeat. Ideoque omnes fere Juris consultos in hac esse unanimi sententia, fatetur ipse dissentiens Carpzovius *part. 2. Crim. quæst.* 80. *num.* 103. & 110. ipse ita distinguit, si res extet furtiva, datur vindicatio; si non extet, in id quod interest, non datur actio. *num.* 108. & *seqq.* Ratio Carpzovii hæc est, *quod iniquissimum, durissimum & crudelitati proximum esset, ut fur ultra pœnam mortis aut corporis adflictivam, damna quoque & interesse sarcire teneatur. Nec ullibi in jure universo cautum reperitur, ut Reus pœnam mortis luat, & simul damna præstet ac bona sua amittat.* Plures habet rationes, sed ad Jus Germanicum pertinentes. Quid autem a jure civili & a ratione est alienum, si hoc non est; neminem teneri ad pœnam corporis adflictivam, & ad præstandum id quod interest? An pœna delicti tollet rei persecutionem, quæ tendit ad id quod interest? Et tollet regulam juris civilis & naturæ, quod turpia lucra sint hæredibus extorquenda? Non est quidem duplici pœna reus adficiendus; sed persecutio patrimonialis & vindictæ nihil habent commune; nec invicem se tollere possunt, ut probatum *ad fin. tit. Instit. de Action.* Quomodo autem hoc fugit ἕρκος ὀδόντων Carpzovii, ut diceret, neminem simul mortis pœnam pati & amittere bona? Quorsum igitur titulus *de bonis damnatorum?* Quod respondet *ad* §. *fin. Inst. de Obl. ex del.* & §. *ex maleficiis* 18. *I. de Action.* hoc ait esse verum jure civili duntaxat, quo fures pœna mortis aut corporis adflictiva non adficiuntur. Nec corporali quidem pœna? De morte concedimus; de corporali pernegamus. Quorsum enim subscribitur in crimen furti, ad extraordinariam animadversionem, oppositam pœnæ civili? *l. ult. de Privat. del. l. ult. de furt.* Non potest hæc non esse corporalis pœna. Verum est raro his diebus agi ad damni persecutionem contra fures corpore punitos, quia fere sunt inopes. Si vero in bonis habeant, nihil hærendum, quin damni præstatio corporis pœnam comitari possit. Nescio tamen, an hæc opinio Carpzovii non rationes aliquas egerit in foro, ut in Curia nostra dubitatum viderim, an fur corporis pœnam passus, etiam ad damnum atque impensas judicii damnandus esset; adfirmantibus quibusdam id nunquam esse observatum. Sed casu incidente, quo fur seu peculator locuples, publice virgis cæsus erat, non est hæsitatum, quin etiam ad damnum resarciendum & impensas litis teneretur. *In causa Procuratoris Generalis, contra Jan Fransen, ante ferias Pentecost.* 1680.

TIT. III.

De tigno juncto.

(a) Lex XII. tabb. actionem de tigno juncto in duplum dedit contra eum, qui tignum furtivum ædibus suis junxit, *l.* 1. *pr. h.* & *ult. eod.* quæ tamen extensa fuit adversus omnes, qui sine furto tignum junxerunt ut liquet ex *l.* 23. §. 6. *de R. V. l.* 7. §. 10. *de A. R. D.* Placuit hoc in compensationem negatæ rei vindicationis, ne domino injuria facta videatur, cum duplum ei salvum sit. Quia tamen plerumque res mobiles in alienis manibus existentes vitio furti affe-

(a) *Pos.* 1. 2. & 3.

relectæ sunt, ideo furtivi tigni mentio fuit in *h. t.* & sic capienda *l.* 63. *de Don. int. V. & U.*

SCHOLIUM.

In qua (l.63.) *tignum furtivum non opponitur bona fide possesso, sed ei, quod sciente domino junctum est, adeoque sub se vi oppositionis omne tignum comprehendit, inscio domino ædibus junctum.*

(b) Cæterum, fur præter actionem in duplum, tenetur ad exhibendum in id quod interest, *l.* 1. §. *ult. h.* vel rei vindicatione, soluto ædificio, *l. ult. h.* quarum neutra datur contra B. F. possessorem. §. 29. *I. de R.D.*

TIT. IV.

Si is, qui testamento liber esse jussus erit, post mortem domini ante aditam hæreditatem subripuisse, aut corrupisse quid dicetur.

(a) SErvus, qui in testamento liber esse jussus est, si furtum rei hæreditariæ fecerit, ex mera juris ratione non tenetur, quia nec ut servus potest puniri, propter spem imminentis libertatis; neque ut liber damnari, ob rationem in *l.* 1. §. 1. *h. t.* junct. *l.* 68. *de furt.* Ideo datur utilis actio in duplum adversus illum, quæ est annalis, *l.* 1. *pr.* quod si post aditam hæreditatem res surrepta sit, tunc est actio furti ordinaria. *l.* 1. §. 8. *h.*

TIT. V.

Furti adversus nautas, caupones, stabularios.

(a) HÆc actio in factum, datur in duplum, de furto in nave, caupona, stabulo, ab ipsis cauponibus vel ministris eorum, non a viatoribus facto. Ratio est in *l. un.* §. *ult h. t.* quoniam viatores repellere non possunt, sc. regulariter & civiliter non, justa tamen ex causa suspicionis possunt. Sic eape fis *l.* 1. §. 1. *Naut. caup. stab.* ubi diximus: & ad *tit. I. de Quasi-delictis pag.* 389. *part. I.* Moribus hodiernis, non nisi in simplum ex hac causa agi, notum est, ex loco communi de pœnis actionum civilium sublatis.

TIT. VI.

Si familia furtum fecisse dicetur.

(a) FAmilia hic est grex servorum sub ejusdem domini potestate. Furto ab his facto, non multiplicatur actio noxalis, sed Dominus, qui ignoravit scilicet, liberatur solvendo quantum solvi deberet si unus liber homo fecisset furtum. *l.* 1. *h. t.* quod si nolit, omnes servos dedere debet. *d. l.* 1. *pr.* De servis eorumque furtis *οὐδεὶς λόγος*, *quod ad mores attinet hodiernos scilicet.*

TIT. VII.

Arborum furtim cæsarum.

(a) QUi arbores alienas furtim cecidit, deglabravit, aut subsecuit, variis tenetur actionibus: I. Actione prætoria in duplum. *l.* 7. §. *ult. h.* II. Actione L. Aquil. III. Actione ex L. XII. Tabb. *l.* 1. *h.* IV. Furti actione. V. Condictione furtiva. VI. Actione ad exhibendum. *l.* 5. §. 2. *h.* VII. Actione locati. *l.* 9. VIII. Interdicto quod vi aut clam. *l.* 11. *h.* IX. Coercitione extraordinaria. *l.* 2. Qualis autem hic sit concursus, judicandum ex doctrina generali, quam habes ad *Tit. Inst. de Action. n.* 33. *p.* 422. *& seqq.* item ex *l.* 1. *in f. l.* 9. *& l.* 11. *h. t.* Hujus rubricæ propria est actio prætoria in duplum, quæ datur ei, qui dominium sive directum sive utile habet. *l.* 5. §. *fin. hic.* licet fundum vendiderit. *l. ult. eod.* Non datur fructuario, *d. l.* 5. §. *pen.* datur hæredi, cæterisque successoribus, non in hæredem, *l.* 7. §. *pen.*

(b) *Pos.* 4. (a) *Pos.* 1. & 2. (a) *Pos.* 1. & 2. (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. 2. 3. & 4.

pen. h. Si plures deliquerint, cum singulis in solidum agetur. *l. 6. in pr. hic.* Gentes aliæ suas habent pœnas; quarum varias recensuit Schilter. *Ex. 49. §. 17. & seqq.* Nostrates * habent mulctam XII. florenorum *primo*, Viginti quatuor *secundo*, Quadraginta *tertium*, præter arbitrariam coercitionem. De mulcta, parentes pro liberis tenentur. *Lib. 2. Stat. tit. 4.*

TIT. VIII.

De Vi bonorum raptorum, & de Turba.

I. Remissio, & quibus actionibus Raptor teneatur. II. Quæ sit pœna grassatorum. III. Rapinam hujus tit. esse diversi generis. IV. Quid Turba, & Pœna hujus.

(a) Rubrica duo indicat delicta, Rapinam, & damnum in Turba datum; de priore dictum quod satis sit, *ad tit. Inst. ejusdem rubricæ.* Possunt etiam raptores aliis actionibus conveniri, tam civilibus, ut lege Aquilia, condictione furti, rei vindicatione, aliisque condictionibus, *l. 2. §. pen. h. l. 4. C. Fin. regund.* quam criminalibus, *t. ff. & C. ad L. Jul. de vi priv. & L. Jul. de vi publ.*

2. Multum interest, quod ad pœnam attinet extraordinariam, data quis opera, ac in itineribus, an data occasione litis, subitave cupiditate rapuerit. Primum genus est grassatorum, qui proximi latronibus habentur, & si ferro sint usi, ac sæpius id fecerint, capite puniuntur; reliqui in metallum dantur, vel in insulas deportantur, *l. 28. §. 10. de Pœn.* cujus pœnæ proportionem heic locorum sequimur. Altius intonat Carpzovius. ** *Regulam*, inquit, *generalem ponere non dubito; Omnis Raptor sive Prædator, qui homines vi aggreditur manuque violenta spoliat, gladio puniri, ejusque cadaver facta executione, Rotæ imponi debet*, *Pr. Crim. part. 2. Qu. 90. n. 12. etsi tantummodo semel in vita rapinam commiserit. n. 22.* Excessit medicina modum! liceat ἐπιχρίνειν. *Et quidem famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos esse*, *** respondet Callistratus in *d. l. 28. §. 15. de Pœnis, ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, & solatio sit cognatis & adfinibus interemptorum, eodem loco pœna reddita, in quo Latrones homicidia fecissent.* Sed latrones a grassatoribus, qui sunt raptores viarum, differunt, eo quod hi prædæ causa tantum rapiunt, Latrones etiam homines interficiunt. *d. l. 28. §. 15.* Non est tamen negandum, Raptores, qui hoc quasi artificium exerceant, ut evadant grassatores, recte capitis supplicio adfici, idque moribus nostris, nec non bono publico esse consentaneum.

3. Verum in hoc titulo, de his potissimum, qui occasione jurgii, petulantiæ aut insolentiæ, cui tamen alieni cupiditas & lucri faciendi studium adsit, rapuerunt, agi videtur. Nam de atrocioribus agitur ad titulum *de Vi utraque, de Effractoribus*, & alibi. Ad rapinam hujus loci pertinet, quod in *l. 3. C. de Vi bon. rapt.* legimus, eum, qui res sibi obligatas eripuit debitori, esse raptorem, & de vi bonorum raptorum in quadruplum teneri. Atqui tales non videri esse raptores, sed tantum jure suo ca-

(a) *Pos. 1. & 2.*

* Jure Saxon. Electorali, qui arbores frugiferas cecidit, inutilesve reddidit, præter earum æstimationem, pro singulis 30. solidos, sive duas sexagenas antiquas, præstat, quam multam si solvere nequeat, carcere punitur, ac si grave damnum dolo malo dederit, relegatione etiam vel fustigatione coercetur. *P. 4. C. El. 37.* Quisquis vero furandi animo ligna cecidit, is ordinaria furum pœna afficitur, *d. C. §. und. diejenigen.* etiam suspendio secundum Coler. *dec. 244. n. 24.* Berl. *p. 5. C. 11. n. 94.* conf. Berger. *El. Jur. Crim. p. 57. seqq.* Schœpffer *ad ff. Tit. arbor. Furt. cæs. num. 6. seq.*

** Hæc tamen Carpzovii sententia legibus Saxoniæ satis convenit. vid. *LR. l. 2. art. 13. P. 4. C. El. 31. §. f.* quæ grassatoribus pœnam gladii dictitat. Quod vero cadavera reorum rotæ imponantur, id licet dd. legibus expressum non deprehendatur, diuturna tamen receptum est observantia. Carpz. *Pr. Crim. qu. 90. n. 12. sq.* Id. *P. 4. C. El. 31. def. 1.* Sicuti vero hoc supplicium non mitigatur, licet prima vice commissum fuerit, Carpzov. *d. l. n. 21.* ita nec augetur pœna, ob crimen iteratum. Berger. *Meth. Crim. p. 61.*

*** Latrones apud nos, crimine consummato, vivi rota contunduntur. *P. 4. C. El. 1. C. El. 11. §. f.* Carpz. *Pr. Crim. qu. 90. n. 61. sq.* licet latrocinium non in via publica, sed privatis ædibus commissum fuerit. *d. C. 3.* Carpz. *l. c. n. 21.* imo quamvis nullum lucrum ex cæde ad latronem pervenerit, cum spe lucri facta occisio ad ordinariam pœnam sufficiat. id. *ad P. 4. C. El. 1. d. 5.* Ob iterationem hujus delicti exasperatio pœnæ accedit, ut latro candentibus forcipibus aduratur juxta numerum hominum occisorum, *O. Crim. art. 130. & 137.* Berger. *El. Jur. Crim. p. 115. j.* Carpz. *Pr. Crim. qu. 31. n. 52. seqq.* contra, homicidio non consummato, gladii pœna ponderatis circumstantiis obtinet, cui, si spoliatio jam facta sit, accedit impositio cadaveris in rotam. Carpzov. *l. c. qu. 22. n. 11.*

cadere, didicimus ad *tit. Inst. de vi bon. rapt.* Sed revera non agitur in §.1.*d. tit.* nisi de his qui res suas rapuerunt, qui autem res sibi dumtaxat obligatas rapuerunt, magis est ut veri sint raptores. *d. l.* 3. Imo idem, dices, de credito rebusque debitis traditur, ut in *l.* 12. §. *f.* & *l.* 13. *D. Quod met. c.* At non videtur hoc de vi ablativa, quæ raptorem facit, sed de vi compulsiva, quæ locum faciat edicto Quod metus causa, intelligendum. Sane quod auctor vis factæ in *d. l.* 13. jactura crediti non defungatur, sed etiam in Legem Juliam de vi incidat, in *d. l.* 12. §. *ult.* expressum est. Verum quid si debitor, pacto, quod vocant, executivo, creditori potestatem fecerit, rem alii obligatam quovis loco apprehendendi, debitor autem Creditori rem apprehendenti restiterit, ac ita Creditor eam rem per vim abstulerit? Adhuc Raptor esse videtur, quia jus illud prehensionis ex conventione permissum, cis vim violentam consistere debet. *d. l.* 3. & *l.* 176. *de R. J. A.* Matth. *de Crim. h. t. n.* 3.

4. Cæterum, Quadrupli pœnam non esse in usu hodie, tam de Rapina, quam de turba, non est quod moneatur. Habebimus locum communem *ad tit. de Pœnis.* (b) Jure civili de turba sic est: si quis sine vi, at nominibus data opera coactis, damnum dederit, vel homines coegerit, alio dante damnum, aut inter eos fuerit, hoc edicto punitur in quadruplum. *l.* 2. *in pr.* §. 9. & *seqq. h. t.* Sed damnum sine vi in turba, non studio ad id coacta, datum, duplo cis annum punitur, post annum simplo. *l.* 4. *in pr.* & §. 6. *eod.* Rapina ubique est quadrupli, sive unus, sive cum aliis fecerit. *d. l. ll.* Est autem turba circiter decem hominum aut plurium. *d. l.* 4. §. 3.

TIT. IX.

De Incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata.

I. Actio hujus tituli. II. pœna incendiariorum. III. Extraordinaria pœna illorum, qui ex incendio, ruina vel nave rapiunt aut furantur.

(a) Proprie quidem non agitur hoc titulo de crimine perpetrati Incendii, vel ruinæ effectæ vel navis expugnatæ, sed de pœna eorum qui aliquid ex incendio, ruina, naufragio, vel expugnata nave rapuerunt, receperunt, damnumve dederunt. *Rapuere*, per vim; *Recepere*, vel ab aliis dolo malo, vel ipsi amoverunt, *l.* 3. §. 3. & 4. *h.* aut alias damnum, etiam sine vi dederunt; omnes in quadruplum tenentur. *l.* 1. *pr. h. t.*

2. Et hoc quidem hujus tituli proprium argumentum est. Obiter tamen etiam de criminum executionibus horum facinorum agitur. *l.* 1. §. 1. Qui sciens prudensque incendium fecerit, vinctus, verberatus, igne necari jubetur, *l.* 6. *h.* aut feris bestiis objicitur, *l. ult.* §. 1. nisi quod honestiores capite simpliciter puniuntur. Constitutione Carolina supplicium ignis injunctum est. *art.* 125. Apud nos strangulantur ad palum, & mortui torrentur dumtaxat; idque etsi honesti sint, ut decretum vidimus in hominem cognatione & affinitate non e vulgo, qui ex odio adversus Collomanos, cum metu hostium pagum suum reliquissent, incendium in eo fecerat anno 1672. Nec mitiganda pœna, licet ædes propriæ fuerunt, Carpz. *c. l. part.* 1. *Qu.* 38. *n.* 46. quod limitandum videtur, si aliis vicinæ, non si loco solo constitutæ fuerint; quo casu extra ordinem puniendi forent, sed & lata culpa non impunita est. *l.* 11. Quo pertinet, quod civitates quædam, eo quod incendia plerumque inhabitantium culpa fiunt, *l.* 3. *de off. præf. vigil.* mulctam habent statutam in eos, apud quos incendia fiunt. Civiliter sane ex Lege Aquilia, a domino contra culpæ reos agi posse, diximus ad *tit. de Lege Aquil.*

3. De pœna extraordinaria in eos, qui ex incendio, ruina, vel naufragio rapuerunt, abstulerunt, Antonius Imp. ita; Plurimum interest, peritura collegerint, an quæ servari possint flagitiose invaserint. Ideoque si gravior præda vi adpetita videbitur, liberos quidem fustibus cæsos in triennium relegabis: aut si sordidiores erunt, in opus publicum ejusdem temporis dabis: si non magnæ pecuniæ res fuerint, fustibus cæsos dimittere poteris, & omnino, ut in cæteris, personarum conditiones & rerum qualitates diligenter æstimandæ sunt. *l.* 4. §. 1. *h. t.* Expugnatio ipsa ratis aut navis, ad vim *publicam* pertinet, de cujus pœna videbimus ad *titulum* ejus prædicamenti.

TIT.

(b) *Pos.* 3. & 4. (a) *Pos. un.*

TIT. X.

De Injuriis, & Famosis Libellis.

I. Remissio, Injurias nimis leves non esse in judicio admittendas. II. Convicii significatio ad hunc usum. III. De injuriarum in Magistratus actione. IV. Et de actione quæ datur Magistratibus. V. Quomodo injuriæ æstimentur, ubi de jure Frisico hac parte & quibus ex causis pœnæ statuti augeantur. VI. De Recantatione injuriæ verbalis. VII. Injuriarum condemnatus, an moribus fiat infamis. VIII. De extraordinaria criminali pœna.

(a) HUic Rubricæ prolixe satisfecimus *ad Instit.* Ideoque selecta quædam ad usum pertinentia collocabimus. Nusquam Jurisprudentia magis a philosophia, loquor etiam maxime de Christiana, quam in vindicandis injuriis discrepat. Quæ enim hæc alto animo sperni jubet, illa serio persequitur, & custodiendæ paci in populo, qui non capit philosophiam, persequi debet; sic tamen, ut judicis officium sit, præcidere ineptiarum querelas, cujusmodi hæc; Objectum erat convitium alicui, *quod porcum interfecisset.* Probatio convitio, sed non probata cæde porci, Judex inferior reum condemnaverat; A Curia suprema appellans absolutus est, quia ne vulgi quidem judicio pertinet ea res ad infamiam, etsi in multis Germaniæ locis indignior de cædibus animalium sit hominum opinio *d.* 5. *Nov.* 1680. Alius a mercatore quodam in solutum nummos, ut ajebat, improbos acceperat, etsi non probarat. Habens in manu ejusmodi nummos, in cœtu dixerat, *tales nummos cudit ille*; qui cum inde quasi falsæ monetæ cutæ insimulatus ageret, non auditus est. *ante ferias natalit.* 1679. Sed probans quod alter adjecerat, quatenus Creditores ad ipsum accederent, solitum esse abscondere se in penuario; cum hoc ad fidem mercatoris minuendam spectaret, obtinuit, *eadem feria*. De vitiis corporis objectis, non facile dabitur actio, nisi valde odiosæ sint circumstantiæ; ut recte contra communem sententiam statuit A. Matthæ. *ad h. tit. c.* 1. *num.* 3. quod multo magis de bonis corporis dotibus adfirmandum, nisi & hic asperior morsus latitet. Hinc absurdum non est, agi, si mulieri ut convitium objiciatur, quod bella vel pulchella sit, quando & virum nobilem obtinuisse condemnationem invenio contra eum, qui vernacule eum inter alia per contemptum appellaverat *pulchellum*, moye Douwe, *Dominicus ab H. Prætor B. contra Rembertum Wytama. d.* 15. *Jul.* 1636. Quid si quod revera laudabile, convitiandi animo sit objectum? Si tale sit, ut vulgo probri loco haberi queat, actio dari potest, si ad animum revocetur: secus si male audiens conscientia fretus, id ita, sicut est, accipiat, ut apud Euripidem senex ad Menelaum, *Iphig. in Aul. vers.* 304.

Καλόν γε μοὶ τοὔνειδος ἐξωνείδισας.
Probrum est honestum, rex, quod exprobras mihi.

Quin talia, quæ cordati homines rident, si aliter vulgus sentiat, objecta contemptus ergo, ad actionem sufficere possunt. Matrona quædam dixerat, *Sejus vir bonus est, sed optandum foret, uti ne esset ex familia quæ spectra edit. Uit het Spookers Geslachte.* Nihil vanius aut stultius, sed plebecula male opinatur ex ejusmodi rumoribus. Septendecim homines ejusdem familiæ, totidem instantiis, infestis animis egerunt injuriarum, apud inferius & supremum tribunal, ingenti agmine testium & immenso sumptu: Curia dictum pro injuria habuit, adstricto familiæ vocabulo respectu patris & matris dumtaxat, reliquos exclusit, *in causa Gerrit Gosses cum soc. contra A. B.* 1680.

2. Ait Prætor, Qui *adversus bonos mores convitium fecerit &c. l.* 15. §. 2. *h. t.* Convitium Ulpianus ita interpretatur, quod in cœtu factum sit, *l.* 15. §. 4. *& seqq.* cui opponit maledictum, si dictum infamandi causa probetur, §. 12. *d. l.* 15. Non est dubium tamen, quin & de eo detur actio, *l.* 9. *C. h. t.* si vere dictum sit *infamandi causa. d. l.* 15. §. 12. *& l.* 9. Nec enim qui secreto sermone aliquid de Tertio, quod vere ad infamiam pertinet, dixerit, inju-

(a) *Pos.* 1.

juriarum tenetur, ut recte monet Tuldenus ad *d. tit. C. n.* 9.

3. *Nec Magistratibus licet aliquid injuriose facere. Si quid igitur per injuriam fecerit Magistratus, vel quasi privatus, vel fiducia Magistratus, injuriarum potest conveniri*, *l.* 32. *h. t.* ut tamen, quod Reip. venerandæ causa secundum bonos mores fit, etiamsi ad contumeliam alicujus pertineat, actione injuriarum non teneatur. *l.* 33. Hoc in singulis magistratibus, quales erant Romani, expeditius est, quam in collegiis, pariter imperium & jurisdictionem exercentibus. Namque de singulis, minores Romæ statim vocari poterant, majores, ubi magistratu abiissent. *d. l.* 32. De collegiis, singuli indistincte & in continenti recte conveniuntur hodie. Tota Collegia, si quidem suprema sint, nunquam hodie conveniri possunt, quia nunquam abeunt imperio; Sed inferiora quominus de jure vocentur, juris ratio non obstat, etsi rarius ac insolentius fit. In quadam civitate Frisiæ, paterfamilias hæreditatem quandam officio Commissarii Curiæ Supremæ administrari voluerat, præterito Magistratuum in eadem urbe Collegio. Quod propterea offensum, cum idem minus reverenter de jurisdictione eorum locutus diceretur, hominem ex ædibus suis per Lictores semivestitum rapi, ac interdiu per mediam urbem duci jusserat, atque mulctarat. Is præter appellationem a mulcta, injuriarum adversus Magistratus suos actionem postulabat. Exceptio ab his opposita, quod civis in Magistratus suos ratione officii hac actione non possit experiri, improbata est *arg. d. l.* 32. quod memini, anno 1681.

4. Sed an Magistratus ipsimet injuriam sibi in officio illatam æstimare, mulctamque sibimet applicare possunt? Non posse, statuendum videtur per regulam generalem, quod nemo Judex in propria causa esse queat. *l. un. C. Ne quis in sua causa jud.* Atque ita Curiæ Nostræ meo tempore visum, in causa Magistratus cujusdam in Frisia Civitatis, a priore diversæ, quæ mulierem, propterea quod dixerat, Præsidem & scribam civitatis male complexos esse responsionem a se in causa civili factam, condemnaverat in certam pecuniæ summam pro singulis & omnibus collegii membris, quasi injuria per latus præsidis, omnibus facta. Cum hæc mulcta esset infra summam Appellationis, quæ suspendit executionem sententiæ, & mulier appellasset, Magistratus executionem nihilominus urgebat. Sed per libellum supplicem, re exposita auditisque Magistratibus, Curia rescripsit, *executione abstinendum*: propterea quod appareret hanc esse *nullitatem*, quod ipsi pro se commodoque pecuniario sibi applicando judicassent: tametsi factum ad illos *in officio* spectare videretur. Etsi enim Magistratus nonnunquam injurias contra se commissas, si evidentes & graves sint, arbitraria pœna publico applicanda, sine processu litis etiam, condemnare possint, tamen si minus evidens, aut modica sit, non nisi causa cognita rem judicare, neque pecuniam sibimet applicare possunt, qua de re Gailius 1. *obs.* 39. & Carpzov. *part.* 2. *crim. Qu.* 94. *num.* 64. A Judicibus etiam inferioribus semper appellandi facultas dari intelligitur, ut *inferius suo loco* videbimus.

5. (b) Actiones injuriarum variæ sunt. Prima ex jure Prætorio, & altera ex lege Cornelia, de quibus *ad Inst.* actum abunde; ubi nec obliti sumus, his diebus æstimationes in iis locis, ubi certæ pœnæ singulis injuriarum speciebus impositæ sunt, non ita habere locum; etsi in aliis hodieque usurpantur, ut docet Carpzovius *d. l. part.* 2. *Quæst.* 95. Nos de æstimatione Legali, quam nostrates observant, egimus in *Jurispr. hodiern. lib.* 3. *cap.* 9. *part.* 2. & pauca ad eundem *Tit. Inst. de Injur.* Discrimen personarum æque secundum talia Statuta, duplo quadruplove summæ præscriptæ prosequuntur, potius quam infinitis æstimationibus, ut alibi ac in Anglia de *scandalo magnatum* pridem intelleximus, quod merito inter capita Reformationis novissimæ relatum intelleximus. Nostrates singulas verbales injurias æstimant octo florenis aureis, qui singuli dimidium imperialem & trinos faciunt sestertios; nisi probrum objiciatur, quod si verum esset, corporali pœnæ τὸν ἠδικημένον subjectum redderet, id dimidio *Wergeldio*, quod nostri explicant, *een halfmans boete*, æstimatur, scilicet in judicio objectum & non probatum, 1. *Stat.* 2. *art.* 1. quod non posse extendi ad casum, quo facta sit exprobratio extra judicium, licet judice aliquo præsente, manifestum videtur, idque satis probant rationes a Sandio adductæ *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 8. etsi aliter judicatum referat. Realis injuriæ similiter habemus æstimationes accuratas, secundum singula vulnerum genera, quibus Legislator

(b) *Pos.* 2.

latur Aquiliæ & Corneliæ Legi pariter satisfecisse videtur, ut jam monuimus ad *tit. ff. de L. Aquil. num.* 10. nisi quis dicat, eas mulctas supponere dolum, *arg. rubricæ*, quæ est de Injuris: si dolus absit, non nisi ad æstimationem ejus quod interest agi posse, ut proposuimus *part.* 2 *Jurisp. Hol. lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 21. Omnia recensere non est hujus loci. Hoc de omnibus tenendum, nimis profecto modicas videri mulctas; Quid enim? Colaphum pati cogor pro tribus florenis Carolinis, hoc est, imperiali thalero & quinta parte. Capillos evelli, sanguinem plagis mitti, pro sex Carolinis. Auxerunt hoc Ordines nostri ad duodecim, decreto 20. *Febr.* 1652. Nec sic quidem pro rei momento; nisi hoc subvenisset, quod pro ratione loci & personarum, aliquando & facti, in duplum fit condemnatio. Ita ut duplum ratione loci, cum duplo respectu personarum conjunctum sæpe fiat quadruplum. *d. tit.* 2. *art.* 3. *& 23. & seqq.*

Loci ratione, duplum præstatur, quando aliquis injuria affectus est *domi suæ*, *in platea publica*, *quando ad templum vel e templo procedit*, *ad judicium aut ad forum*, *vel in judicio stat. In templo*, *vel in cœmeterio*, *aut in tabernaculo quadruplum*, *nisi tabernaculum simul sit diversorium. art.* 27. Ad locum etiam pertinet, *si quis agricolæ in opere occupato*, *dum arat*, *ferit*, *metit*, *vel fructus colligit*, *injuriam faciat*, *aut his*, *qui dant operam aggeribus & cataractis reficiendis*, *art.* 26. Quid per *domum* intelligatur, habuimus *ad tit. de Judiciis*, *pag.* 216. *n.* 43. *part. praeced.* Non videtur tamen heic loci domus esse tantum, ubi quis larem fixum, & tabulas habet, suarumque rerum universam constitutionem, ut in doctrina Fori competentis, *l.* 203. *de V. S. l.* 1. §. 2. *de Agnosc. lib.* sed etiam prætoria, & recessus temporarii in agris; Heic enim non sedes universa fortunarum, sed hæc ratio spectatur, quod domus cuique refugium sit. *l.* 18. *de In jus voc.* Hinc etiam, si quis in nave degat, ut nautæ peregrini, idem juris esse putat Tiraquellus de *Retract. gl.* 7. §. 11. *n.* 57. & vult ratio. Petr Fab. *ad l.* 203. *de V. S* Quid si in vestibulari porticu, juxta plateam apertam fiat? Item esse juris censet Herbaj. *not. ad d. art.* 23. *arg. l.* 12. §. *Papinianus* 23. *de Instrum. leg.* ubi de prothyro; sed hoc ibi velum est januæ prætextum, non porticus, aut vestibularium: Verum Sandius in *not. MS. ad eund. art.* refert idem judicatum, de solo περιχώρῳ ædibus rusticis circumjecto; vulgo *een Hiem* vel *Heim*, nam & in eo cuique Patrifamilias esse creditur refugium, in causa *Aert Dircks* contra *Jan Gabes*, *die ult. Maii* 1636.

Ait Statutum, *op der Straeten*, *als hy tot of van de Kercke*, *ten Gerechte*, *of ter Merke gaet*. Hæc ultima verba restringere vocabulum *straete*, plateæ, censuit olim Curia, teste Herbajo ad *d.* §. 25. Postea sæpe visum est, sequentia verba exempli causa insignioris adjecta, duplumque deberi, hoc ipso, quod in platea dictum factumve esset: in causa *Dominici ab Hontinga*, contra *Rembertum Wyttema*, 14. *Jul.* 1636. Quin etiam via publica agiorum plateis adæquata est, in causa *A. B.* contra *G. B. Worcumanum*, qui dum curru prætervehebatur, flagello ex lascivia collo Virginis prætereuntis circumjecto, aliquantisper illam protraxerat. Injuria duplo æstimata est, atque omnino septuaginta Carolinis. Sed hoc singulare est, quod Cauponi, ab hospitibus injuria in ædibus suis facta simplo duntaxat æstimatur, ut Curiæ visum, in causa *Jelle Gottes*, *contra Arjen Jacobs. d.* 16. *Mart.* 1619. ut *D. Sackma* testatur *ad eund. art.* Ratio videtur, quia diversorium est domus quasi publica, & cum hospitibus communis, tum quia Cauponum officium est, lites evitare & sedare. *l.* 2. *Stat. tit.* 1. *art.* 3. Adde, quod plerique sunt homines nauci, qui propter duplum injurias facile subirent. Et tamen in *tabernaculo*, quod vicem diversorii præbet, vel ubi potus venditur, æque duplum ac in aliis domibus præstatur, *d. art.* 24. *in fin.* quia tabernacula in nundinis, quæ maxime liberæ esse debent, extra ordinem habentur. Certe etiam Caupones, ab aliis quam hospitibus suis infestati, jus domuum suarum non secus ac alii exequi posse videntur.

Personæ, quibus duplum debetur, enumerantur *in art. d.* 23. *Nobiles*, *Pastores*, *Judices*, *Viatores publici*, *Mulieres ofte Matrone*, *& Virgines*: *Prægnantibus quadruplum debetur*. Solemus dicere, statuta stricte explicanda esse; quod est verum de his quibus juri communi, quod alicubi receptum est, derogatur. Sed quominus novarum rerum Statuta, sicut Leges solent, explicentur, & per consequentias rationum extendantur, nihil impendimento est; quod heic eo magis faciendum, quia personarum conditiones, post initium Statuti illius. non parum mutatæ sunt. Pro nobilibus

igi-

igitur habentur non tantum, qui jus hoc a Cæsaribus aut Regibus acceperunt, sed omnes, quos ex præcipuis familiis, in quibus summi honores Reipubl. fuerunt, ortos esse constat. Pastoribus adæquandi sunt Professores, qui tunc in Frisia non fuerunt, & Doctores, quotquot amplitudinem nominis illius non dedecorant: quo Judices animum inprimis advertunt, adeo ut meminerim, Doctoribus aliquando negatum duplum, & Notariis egregiis addictum fuisse.

Sub judicibus continentur omnes Magistratus, non modo qui in præsenti gerunt honorem, sed etiam qui gesserunt, ut servat usus, multo magis Delegati ad comitia; non tamen hi qui antea fuerunt, ut judicatum scio. Secretarios quoque judiciorum Judicibus accenseri, pridem Curiæ placuit, in *causa Petri Matthæi* contra *Wybe Wybes*, *ante ferias O. S.* 1625. Proinde sine dubio Adsessores Prætorum, qui sunt vere judices. De Juratis sive decurionibus orbium olim placuit, iis duplum non deberi, in causa *Schelte Cornelis* contra *Tjepke Hendriks*, *ante ferias Pasch.* 1620. Putem & heic valiturum, quanti sint pretii meritique personalis, quod in hoc genere dubiorum plurimum valet. Juxta viatores publicos, intelliguntur & Executores, paresque judiciorum Administri, non modo dum occupati sunt in exercitio munerum suorum, sed ubicunque pro talibus agnoscuntur, & quidem viatores, si modo insignia, quibus distinguuntur, portent. At vero non creditur illis de injuria, si non probent, nisi quod in executione sui muneris male habiti, per unum testem fidem faciant, nec enim soli vel tum merentur fidem, in re non habente necassariam ad munus suum relationem, ut censet Rebuff. in *l. prohibitum. pr C. de jur. fisci*. Herbaj. *ad d. art.* 25.

Sequuntur in Statuto, *Vrouwen ofte Matronen*, de quo articulo dictum aliquid ad *Inst. pag.* 381. Obtinuit autem, ut particula *ofte*, sit exegetica pro *sive*, non disjunctiva pro *aut*, ut non quælibet mulieres, sed eminentiores, quibus usu vernaculo vox matronarum tribuitur, duplum consequantur. Quod rursus judicum arbitrio subjectum varie æstimatur, nisi quod hoc satis constet, uxores virorum, quibus duplum non debetur, nec ipsas duplum adipisci: adeoque nec uxoribus Procuratorum, ut judicatum est in *causa Nicolai Jacobi* contra *Bartolum Wilhelmi*, *d.* 19. *Martii* 1619. secus ac Advocatorum, ut judicatum in causa *Agatæ de Velsen* contra *Drem Hartium*, *ante ferias O. S.* 1629. Nec tamen quorum viris duplum datur, eorum semper uxoribus æque conceditur, non utique viatorum & apparitorum uxoribus, de quibus dictum. Per eandem placuit olim, vocabulo *jonge Dochters*, non esse audiendas quaslibet virgines, non lane ancillas, aut viles puellas, ut judicatum est in causa *Aris Dirks* contra *Jan Jacobs*, *d. ult. Maji* 1636. Sed matronarum filias, ut notat Sandius MS. ad *d. l. art.* 23. quod tamen nescio an semper ita servatum sit. Nam puellæ in via publica ex plaustro violatæ, quæ vilis erat, ut modo relatum, ex sua quoque persona duplum adjudicatum est, post & intra duplicationem loci. Nam hoc generaliter verum est, duplum ratione loci adhuc conduplicari duplo, quod respectu personarum debetur, ut judicatum in causis supra dictis contra *Hartium* & *Rembertum Wyttama*, & sæpe deinceps; quin si quis initium pugnæ fecerit, is insuper alio duplo mulctatur, ut in *art.* 3. *d. tit.* indicatur. Hoc autem notabile, quod hi, quibus duplum ob injuriam ipsis illatam debetur, æque duplum præstent his, quibus ipsi fecerint injurias, etsi personæ fuerint simplariæ. *d. tit. art.* 28. *arg. tit. Quod quisque Jur. in alt.* Ac ita fit, ut aliquis ex adversarii persona lucrum capiat, ut in *l. ult. C. de Fruct. & lit. exp.*

6. (c) Tertia est actio criminalis extraordinaria, per quam humiliores fustibus subjiciuntur. Cæteri autem vel exilio temporali, vel interdictione certæ rei coercentur, *l. ult. h. t.* ut cum ex ordine Decurionum removentur atrocis injuriæ convicti. *l.* 40. *h.* adde *l.* 43. *eod.* Quæ au tem ubique recepta est, * ad παλινῳδίαν, sive recantationem solennemque revocationem, pro criminali non habetur, cum ad id quod interest partis læsæ propius accedat, ut notum ex usu Cameræ Spirensis, & ra-

(c) *Pos.* 4.

* Operæ pretium erit contulisse, quæ Ill. Thomasius in *Observationibus variis Theoretico-Practicis*, *de Actione Injuriarum*. Dissertatione Halæ 1715. edita, de Origine & Natura hujus Actionis §. 19. *seqq.* commentatur. Sublata autem hæc ad Palinodiam actio, cum aliis injuriarum vindicandarum Remediis, *in dem erneuerten und geschærften Mandat wider die Selbst-Rache*, A 1712. a Serenissimo Rege promulgato, §. 12. idoneum potius visum est, homines sub honoris tuendi specie ad injurias inferendas pronos, Palinodia, & deprecatione, ut pœna minus honorifica, coercere. *v.* §. 2. & §. 4. ej. edicti.

& rationibus Gailii 1. *obſ.* 65. *n.* 1. Mynſing. *cent.* 2. *obſ.* 98. *n.* 1. Vultei. *Juriſpr. Rom. c.* 29. *n.* 53. Moller. 1. *Semeſtr. c.* 23. *in pr.* qui tamen de jure Saxonico negat, quo ipſo contrarium tenet Carpzov. *d. part.* 2. *Crim. qu.* 94. *n.* 50. 55. *& ſeqq.* Idem noſtratibus videtur, qui idcirco Procuratori Generali ad palinodiam concludenti, non addicunt hoc poſtulatum, ut patuit inſigni exemplo. *Heſſelius Wingerus, Scriba Secretarius in Barradeel*, calumniatus erat D. Johannem a Sande, *τὸν πάνυ* Supremæ Curiæ Senatorem, quod in quodam conventu amicorum Quæſtoris Bootſama, ſui affinis Peculatus rei, conatus eſſet teſtem pecunia corrumpere non modica, decem millibus florenorum, quam enormem calumniam nullo modo probare poterat. Sandius ipſe noluit agere, ne quid iraſcendo agnoviſſe videretur; ſed Procurator Generalis Wringerum accuſavit, poſtulavitque inter alia, ut ſolenniter revocare cogeretur: quod ſi unquam, maxime in ea cauſa fieri debuiſſet; ſed judicatum eſt, ejus pœnæ exactionem ad officium Procuratoris Generalis non pertinere, ſed a Sandio ipſo petendam fuiſſe. Reus ab officio, quod habebat, remotus eſt, nihil ultra, cum expenſis. *d.* 14. *Febr.* 1637. Plane ſicut palinodiam a Jure Romano alienam eſſe conſtat, ita neſcio an in Foro noſtro ſtabili unquam ſtylo recepta fuerit. Exempli nullius unquam memini; & meo tempore cum Stavorienſis civis infanda quædam de virgine honeſta ſparſiſſet, ac revocatio valde urgeretur, decreta tamen non eſt; ſed vetuſtiores Domini illam non eſſe in uſu declarabant. Etſi verum eſt, eam in concluſionibus libellorum adhucdum ſemper adjici, more germanico *eerlyck en profytelyck: eerlyck mits doende revocatie &c.* quod ita quidem formulariis libellis inſeritur, ſed a Judicibus ſilentio ſemper omittitur, atque ita etiam hactenus jure civili ſtare videmur. Olim tamen revocationem decretam invenio in cauſa matrimoniali, cum quis adfirmaret mulierem ſponſalia ſecum contraxiſſe adhuc in ipſa lite, neque probare poſſet; in cauſa *Wolter Headriks* contra *Pijter Cornelis.* 3. *Jul.* 1626. ut D. Saekma teſtatur; quod deinceps in ſimilibus cauſis nunquam memini obſervatum.

7. Non æque in eo jus civile ſequimur, quod infamiam ex injuriæ condemnatione oriri non credimus, ſecus ac alii de ſuis moribus adhuc teſtantur, ut Carpzov. *d. Quæſt.* 94. *n.* 86. *& ſeqq.* ſecundum claros juris textus, *l.* 1. *verſ. injuriarum & l.* 4. §. *ult. de His qui not. inf. l.* 5. §. 9. *l.* 40. *l.* 42. *de injur. l.* 18. *C. Ex quib. cauſ. inf.* Quamvis enim Sandius & Herbajus noſter *alicubi* mentionem obiter faciant infamiæ ex injuriarum actionibus, magis tamen id ex juris civilis ſententia, quam uſu forenſi dictum videtur: quandoquidem res clara & indubitata eſt, injuriarum condemnatos, etſi non levium, & ſine numero, nullis infamiæ effectis haberi obnoxios, nec in dignitatibus obeundis, nec in teſtimoniis perhibendis: niſi forte publica corporalis pœna fuerint adfecti; ne ipſum quidem *Iſtum* atrociſſimæ in Sandium injuriæ convictum, & ab officio ſuo remotum, alias habitum vidimus infamem, ſed nec dignitatibus quidem deinceps prohibitum cognovimus. Unde hoc? Dixerit aliquis. Eo quod nunc ſemper lites per Procuratores adminiſtrantur: atque condemnatus in perſona procuratoris, adverſus quem ſententia fertur, non fit infamis, jure civili. *l.* 6. §. 2. *l.* 14. *de His qui not. inf.* Sed primo id ſubtilitati juris potius, quam rei momento veritatique adſcribendum: Et dein, longe aliam eſſe noſtrorum in judicio Procuratorum, quam fuit apud Romanos, rationem, ſæpe demonſtratum eſt. Illi fiebant domini litium. Adverſus illos ut tales ferebatur ſententia: Noſtri procuratores publici, ſunt miniſtri, non domini litium, contra quos adeo nec aliter ſententia fertur, ut *ad tit. de Re judic.* probatum eſt. Et ſi hæc ratio reos infamium cauſarum ab hac nota liberaret, ne quidem a Procuratore Generali de cauſis famoſis accuſati fierent infames, quatenus ſemper etiam tum cauſæ per Procuratores aguntur. Quod ſi lis per mandatum privatum, quales jure Romano erant omnes litium Procuratores, qui hodie ipſi dant Procuratorem publicum, agatur, quia dominus cauſæ tunc in lite non eſt, idem quod jure civile de infamia cautum eſt, eveniret. Exiſtimo, infamiam ex injuriis apud nos in deſuetudinem abiiſſe, primo inde, quod Statutis certæ pœnæ ſingulis injuriarum ſpeciebus ſint impoſitæ ſine mentione infamiæ, quo juri civili derogatum videtur; dein quod Infamia ſit graviſſima pœna, per quam dignitati & vitæ quaſi commercio exempti homines, ad *βίον ἀβίωτον, vitam ſine vita* rediguntur: ut merito *Doctores* famam vitæ comparaverint, ex *l.* 9. *in pr. de manumiſſ. vind.* infamiaque non immerito cum morte conferri poſſe videatur; Injuriæ autem accu-

accusationes cum sint frequentissimæ, nequaquam Reipubl. expediat habere tot cives infamia notatos.

6. Extraordinaria injuriæ Pœna, varia ex causa & persona statui solet; humilioris loci homines fustibus subjiciuntur, cæteri exilio temporali, vel interdicto certæ rei coercentur, *l. ult. h. t.* ut ademptione decurionatus, *l. 40. h.* aut alterius officii publici, atque ita servatur. Exemplum adempti muneris publici, habuimus in eo, qui Sandium calumniatus erit. Fustigationis apud nos exemplum, referre Sandius *l. 3. tit. 8. def. 5.* Statuta nostra certos casus extraordinariæ pœnæ subjiciunt, si quis quæve jactaverit stuprum, aut matrimonium infamandi causa cum alio aliave initum, *art. 2. d. tit.* qua de re Sandius in *d. defin. 5.* Qui realem verbalemve fecerit injuriam Proceribus Reipubl., Judicibus & Magistratibus, æque extra ordinem punitur, *Van't Lant*, habetur in *art. 26. d. tit.* id est Reipubl. totius, non municipiorum, aut præturarum singularium, ut Curiæ visum in prædicta *causa Dominici Hottinga* contra *Vyttama*, teste Nauta. Hunc pertinet illud, in Anglia quod dicitur, Scandalum Magnatum. Denique ad hanc pœnam extraordinariam referendum, quod de qualibet injuria Judex tantundem mulctæ, ac unaquæque injuria respectu privati actoris æstimatur, exigere potest. *art. 29. d. tit.* Sed ad pœnam corporalem de injuriis admodum raro proceditur a Procuratore Generali. Ad mortem vero nunquam, etsi personis illustrissimis illata sit injuria Carpzov. *d. part. 2. Qu. 94. n. 47.* Reliqua ad *Inst.* (d) Denique, vulgo refertur huc actio ex *L. diffamari. C. de ingen. manum.* quæ tamen ad omnia extenditur quæ in præjudicium alicujus jactantur; qui enim tale quid facere arguitur, vocari solet, ut actionem instituat, vel perpetuum sileat. Quod genus actionis textu magis quam ratione, quam vide in *l. 7. pr. ff. h.* destituitur: Conf. supra de O. & A. *sub fin.*

T I T. X I.

De Extraordinariis Criminibus.

I. Quid sint Extraordinaria Crimina. II. Species eorum in hoc tit. III. Aliæ species huc pertinentes, ut expositio infantis. IV. Perjurium. V. Impostores & magi. VI. Alia minora. VII. De blasphemis. VIII. De heresios crimine.

(a) EXtraordinaria crimina sunt, de quibus agitur ad publicam animadversionem, sed absque ordine publicorum judiciorum, & sine pœna certa, *l. 1. & t. t. h.* vocantur & privata, *l. 1. §. ult. de pœn.* quia jus accusandi iis dumtaxat competit, ad quos ea res pertinet *l. 3. h. l. 2. de Concuss. l. 2. de abig. l. 3. de Prævar.* Sed jure novo, præter personas quibus dantur; discrimen eorum a publicis exiguum est, quoniam & ordo publicorum judiciorum desiit esse in usu, *l. 8. de publ. jud.* & pœnæ pleræque sunt etiam extraordinariæ. *l. 13. de pœn. l. 7. §. ult. de leg. Jul. Repet.* Nam ut in extraordinariis variatur secundum merita circumstantiarum, adeo ut & capitalia fieri possint, *l. 1. in f. l. 9. in f. h. t.* ita in plerisque publicis id postea videbimus.

2. (b) Species in hoc tit. præcipuæ sunt, Stuprum, in *l. 1. §. ult.* cujus pœna ob insignes malitiæ circumstantias mors esse potest. Sed de hoc agetur ad *tit. de Adulteriis*, & actum est ad *Inst. pag. 469.* Crimen abacti partus; cujus pœna, * si fœtus nondum animatus sit, est exilii temporalis, *l. 4. h.* si animatus, est mors, *l. 8. ad L. Corn. de Sic.* junct. *l. 38. §. 5. de Pœn.* Qui chomata vel aggeres rumpit, is pro admissi mensura varie punitur, *l. 10. h.* quandoque flammis. *l. Unic. C. de Nil. agg. non rump.* Equidem hæ sequentesque species tantum sunt extraordinariæ. Privata vero delicta, quæ superius habuimus, Furtum, Rapina, Injuria, pro arbitrio actorum civiliter, aut extra ordinem moventur, ut alias dictum.

3. (c) Sunt aliæ species criminum extraordinariorum, quas breviter subjiciemus; *Expositio*

(d) *Pos. 5.* (a) *Pos. 1. & 2.* (b) *Pos. 3. 4. 5. & 6.* (c) *Pos. 5. tit. 22. h. t.*

* *Const. El. 4. F. 4. §. f.* matrem, imo & extraneos abortum procurantes, ultimo supplicio punire jubet, si partus fuerit vitalis, id est, uti dicta Constitutio explicat, post dimidium tempus gestationis Carpz. *ad d. C. d. 1. 1. 9.* si abortus non fuerit secutus, aut partus nondum vitalis, arbitraria, & quandoque etiam fustigationis pœna locum habet *d. C. §. 1. Berger. El. Jur. Crim. p. 212.*

positio infantis. * Si quis sobolem suam aliorum misericordiæ, quam ipse non habeat, in publico exposuerit, extra ordinem in eum animadvertitur, *l.* 2. verb. *animadversioni C. de infant. expos. l. pen. C. de patr. pot.* nec in casu mortis pœna fuit L. Corneliæ de sicariis aut Pompejæ de parricidiis, sed extraordinaria. *d. l.* 2. & *l. pen.* Moribus indistincte, opinor, pœna capitalis est. Vide quæ hac de re diximus *lib.* 2. *Digress. cap.* 5.

SCHOLIUM.

At non moribus nostris. Quomodo enim secundum hos distinguendum sit, *vid.* ap. Strauch. 29. 7.

RESPONSIO.

Eventu mortis infantilis secuto intellexi omnino quod dixi: tunc enim inter locum frequentatum ab hominibus, & solitarium distingui non patitur argum. l. 4. C. de inf. exp. *Etsi paulo aliter Carpzov.* part. 2. crim. qu. 10. n. 6.

N. ADDIT.

Ut intelligatur vis hujus responsionis, apponendus est locus, ad quem provocavi in Scholio ex Strauchio Diff. 29. th. 7. *ubi Strauchius Lex Cornelia ultore ferro persequitur homicidas &c. qui infantem in loca inaccessa & solitaria abjiciunt, animo eum interficiendi. Eventu enim secuto, pæna L. Corn. seu gladii locum habet*, Dn. Carpz. pr. crim. P. 1. qu. 10. 11. 5. Schultes. add. ad Col. decis. 158. *Quod si in loco celebri, sine animo occidendi exponatur; morte secuta, fustigationem dictant cum perpetua relegatione Dn Scabin. Lips.* Dn. Carpz. ib. n. 11. *Sed quid si vivus & incolumis reperiatur*, Coler. decis. 158. *a Dnn. Wittenbergensibus fustigationem dictatam refert, anno* 1549. *Quod* & Dan. Moll. 4. semest. 45. n. 8. Berlich. 4. 7. 36. P. Theod. coll. crim. dis. 7. th. 6. lit. H. & *Dnn. Antecessoribus Lipsiens. videtur*, Finckelthaus obs. 86. n. 24. *Dissentiunt JCti Scabini Lipsienses*. Dn. Carpz. pr. crim. P. 1. q. 10. n. 15. *Elector Sax. relegationis aut incarcerationis pænam dictat, sed ita, ut ad fustigationem usque pro circumstantiarum ratione perveniri queat. decis.* 78.

4. (d) Perjurium ordinarium crimen non est, sed extra ordinem arbitrio judicis vindicatur. Exempla sunt in *l.* 13. §. *ult. D. de jurej.* ubi pejerans fustibus castigatur; ** cum elogio, προπετῶς μὴ ὄμνυε, *i. e. petulanter ne jurato.* In *l. ult. D. Stellion.* ubi stellionatus tenetur. In *l.* 41. *C. de Transact.* & *l. pen. C. de dignit*, ubi infamia cum damno pecuniario notatur, de qua adhuc apud *tit. de falf.*

5. (e) Circulatores etiam, qui serpentes circumferunt, si cui ob eorum metum damnum datum est, extra ordinem coercentur, *l. ult. D. de extr. crim.* His Dd. recte adjungunt eos, qui alias quaslibet præstigias faciunt, si cui quid damni dederint. Sunt his proximi, qui leves hominum mentes superstitione numinis terrent, qui ex rescripto D. Marci in insulam relegantur, *l.* 30. *D. de pœn.* Tales etiam, qui morbos curant per Evangelium Johannis, aliasque similes incantationes, qui cum ignominia relegantur apud nos. (1) Sand. 5. *tit.* 9. *def.* 13.

Sed vide l. 4. *C.* de Malef. & Mathem. & *Ant. Matth.* lib. 48. tit. 5. c. 5. n. 7. p. m. 506.

De noxiis & maleficis Incantatoribus & commercio dæmoniaco, longi sunt logi, atrox justitia, per Germaniam inprimis, de qua prolixe *Carpzov. part.* 1. *crim. Qu.* 49. & *seqq.* quam nobis improbare vel laudare non est animus, nec otium heic discutere. Nisi quod minime tutum credimus sævire, nisi in eos, qui ma-

(d) *Pos.* 6. *tit.* 22. *h. l.* (e) *Pos.* 7. 8. 9. & 10. *tit.* 22. *h. l.*

(1) *Durum est simplicem Evangelii S. Johannis lectionem incantationibus adæquare. Si superstitiosi quandoque ea lectione abutantur, hos abusus nec nostri ferunt.*

* Apud nos cum parentes liberos exposuerunt in loco difsito, dolo malo, & cum occidendi proposito, si mors infantis fuerit secuta, pœna ordinaria, culei scilicet, P. 4. C. El. 3. Berger *l. c. p.* 131. obtinet, extranei pœnam L. Corneliæ sustinent. Si occidendi animus deficiat, ac expositio in loco publico facta sit, infans tamen nihilominus pereat, fustigatio, alias, ipso incolumi superstite, mitior pœna obtinet. vid. *Dec. El.* 78. ibique Phil. *Obs.* 1. conf. Strauchium *Diss. Justin.* 29. *th.* 9.

** In Saxon. Electorali perjuro amputantur articuli priores digitorum, quibus erectis juravit, *die fordere Glieder der beyden finger, damit er geschworen.* cui pœnæ relegatio jungitur, secund. *Ord. Pol. de ann.* 1612. §. *ob auch wohl zum dritten.* atque hac ratione etiam adversus eum, qui Urpheden violavit, proceditur, P. 4. C. El. 48. Quod si vero perjurus duos priores digitorum articulos amiserit, non fustigatio, ut Hartm. Pist. *Obs.* 135. *n.* 4 visum fuit, nec amputatio aliorum digitorum, secundum Coler. *P.* 2. *dec.* 114. *n.* 9. sed sola relegatio cum comminatione gravioris pœnæ locum habet. Carpz. *Pr. Cr. qu.* 43. *n.* 31. Berger. *El. Jur. Crim. p.* 14. Qui secunda vice, contra jusjurandum præstitum revertitur, fustigatur, & perpetuo relegatur, tertia vice capite plectitur. *d. C.* 48. *j. LR. l.* 3. *art.* 9. Lyncker. *Dec.* 416. nisi circumstantiæ hanc pœnam mitigari desiderent, e. g. si, rei venditæ pretium a debitore moroso exigendi causa, quis revertatur, quo casu mitiori pœnæ locum esse, existimavit *Fac. Jur. Lips. M. Mart. An.* 1700.

maleficiorum in homines exitialium comperti fuerint, non recte in incubos dæmonum, Volatores, super baculos hircosve per aerem equitantes, epulasque infernales frequentantes, aliaque id genus imaginaria; cujusmodi confessiones in Germania præsens audire memini. Quid si impietates actu commissas fateantur, ut unam intellexi narrantem in judicio, se panem vinumque Eucharisticum a mensa Domini abeuntem, ore custoditum domi expuisse & calcasse pedibus, diabolo præsente, ut quidem adfirmabat, ejusque nomen memorabat. Talia & id genus innumera extant, quæ impune transmittenda esse nemo dixerit prudens, opinor, vix tamen ultra pœnam atrocis *blasphemiæ*, (2) ut videtur, quod ipsum est crimen extraordinarium, & mox sequetur.

6. (f) Sunt & alia crimina extraordinaria, in quæ digitum intendisse sufficiat. Si quis sollicitaverit alienas nuptias. *l.* 1. *pr. D. de extra. crim.* si conatus sit puero stuprum persuadere. *eadem l.* 1. §. *ult.* Si quis aquas, fistulas, lacus, quidve aliud ad injuriam publicam spurcaverit. *d. l.* 1. §. 1. Si quis rebus suis, vel sibi obligatis, vel debitis, quas alius possidet, titulum vel signum suum imposuerit, antequam per Judicem evicerit. l. 1. *&* 2. *C. Ut nem. lic. sin. jud. auct. sign. Novell.* 17. *cap.* 15. *Nov.* 164. Si quis titulum Principis prædio alieno imposuerit. *l.* 2. *C. ut nem. priv. tit. pred.* Validi mendicantes, quorum numerus, rarescente servitutum usu, mirifice auctus est, etiam coercentur. *l. un. C. de mendic. vol. Nov.* 80. *cap.* 5. Si quis coegerit ludere. *l.* 1. §. *ult. D. de Aleat.* Si quis domum aleatoribus præbuerit. *l.* 2. *C. eod.* Si carceri præpositus vel miles dimiserit custodiam. *l.* 8. *l.* 12. *& l. ult. D. de Cust. reor.*

7. (g) Si quis blasphemus fuerit, *Nov.* 77. ubi capite puniuntur. Moribus hodiernis pœna est arbitraria, * A. Matth. *l.* 47. *Dig. tit.* 1. *n.* 6. Nostra statuta temere blasphemantes, jurantes, aliosque devoventes, pane & aqua per aliquot dies macerant. *lib.* 2. *tit.* 16. Nova vero lex prima vice statuit mulctam sex florenorum majorum, secunda vice pro arbitrio plectuntur: Edicto *d.* 10. *Aug.* 1667. Consulto blasphemantibus, lingua ferro perforatur. *d. tit.* 16. Datur & medium genus inter consulto & temere blasphemantes, ut erat qui sæpissime, sed maxime ebrius blasphemaverat, hoc modo: *non curo Deum, non moror Deum aut homines, & non timeo Deum nec Diabolum*: Quorum est hæc consuetudo, neque pro temerariis, neque pro determinatis blasphemantibus haberi possunt. Ideoque pœnam eorum mediam, inter mulctam pecuniæ aliamve modicum & perforationem linguæ, esse debere, consultus ex Omlandia Groningana, respondi *d.* 4. *Januar.* 1668. causa *Geert Jans Mannemaker.* (3)

8. Huc etiam pertinet Hæresis, quæ sic finiatur; *Propria de rebus divinis, & pertinaciter propugnata sententia, fidei catholicæ repugnans.* Propria; nam *Αἱρεσις hæresis*, nihil est aliud quam Electio pro rationis cujusque modulo facta; quando quis non contentus fide catholica, eligit sibi fidem peculiarem. *Pertinaciter propugnata*; Nam lex non punit animi sententias. *l.* 18. *de pœn.* Repugnans *fidei catholicæ*. Quid est catholica fides? *Universalis.* Hanc aliter Theologus, aliter Jurisconsultus accipit; & hic quidem, Receptam atque dominantem in Republ. intelligit, a qua discrepantes & prohibitas, vocat hæreticos, si tamen ipsius animi judicium consentiat. De consensu autem Reipubl. constare debet ex Confessionibus & Conciliis auctoritate publica factis, quæ in Imperio Rom. quatuor fuerunt, Nicænum, Constantinopolitanum, Ephesinum, & Chalcedonense, quæ dicuntur Oecumenica, quia Romani suum Imperium vocant *orbem terrarum.* Permissas, pro hæreticis non habent religiones; Toleratæ equidem haberi possunt, cessante pœna. Quænam autem est hæreseos pœna? Jure Civili, loca cultus publicantur. *l.* 2. *l.* 5. *& l.* 8. §. 3. *C. Hæret.* Improbiorum bona publicabantur, quos inter

& De-

(f) *Pos.* 11. *& seqq. tit.* 22. *h. l.* (g) *Pos.* 19. *tit.* 22. *h. l.*

(2) *Panis Eucharistici conculcationem cum atroci Blasphemia apud pretensos Reformatos compereri, non miror. Ast alia prorsus mole apud Catholicos judicandum esse, quis non videt? Longe enim gravius est Christum Dominum sub speciebus Eucharisticis latentem conculcare, quam verbo blasphemo ei maledicere.*

(3) *Forte Auctor in circumstantiis de quibus interrogabatur recte respondit. Sed quis dicet generaliter statuendum, eos, qui ex consuetudine delinquunt, ordinaria pœna eximendos esse?*

* Pœna blasphemiæ nostro jure est gladius, aut pro circumstantiis linguæ amputationis. *P.* 4. *C. El.* 2. quam ultimam pœnam tamen in Provinciis Saxonicis in desuetudinem abiisse, monuit Carpz. *def.* 3. *ad d. C.* unde *Dec. El.* 35. in ejus locum fustigationem substituit. conf. Phil. *ad eand. Obs.* 1. add. *Ord. Pol. d. an.* 1612. §. *so lassen wir. Corp. Sax. p.* 118. De pœna numellarum, *des Hals-Eisens oder Prangers*, quam d. Ordinatio iis, qui blasphemiam mediatam committunt, dictitat, *denen Sacramentirern*, vid Berger. *El. Jur. Crim. p.* 126. *sq.* id. *ad Lauterb. p.* 666. *sqq.*

& Donatistæ, qui tamen schismatici potius quam hæretici fuerunt. *d. l.* 5. Manichæi vero etiam exilio & ultimo supplicio subjiciuntur. *l.* 5. *in pr. C. eod.* Moribus Protestantium, in Hæreticos nulla corporalis pœna constituta est; tametsi in Anglia satis extent severæ. Apud nos permittuntur aut tolerantur omnes, exceptis Pontificiis, quorum cultus lege prohibetur, officio tamen Magistratuum & per conniventiam toleratur. Quando res ita fert ut secus videatur, Cœtus eorum disjiciuntur, singuli mulctantur, inprimis Sacrificuli; Imo quondam Edicto proscribuntur, hoc est, cuilibet impune licet eos interficere: sic aliquando in Frisia constitutum, sed nunquam exercitum, quod melius: mulctæ sæpius exactæ. (4) Contra Socinianos & Enthusiastas tremulos, in hanc provinciam venientes atque docentes, est Edictum pœna relegationis, aut arbitraria, non æque adversus indigenas. Factum est aliquando, ut Dd. Ordines ad Curiam miserint Socinianum confessum, cum elogio *blasphemi*, qui rogatus de sacrosancta Triade cæterisque Christianismi fundamentis, responderat, *in simplicitate cordis sui negative*, non est habitus pro blasphemo, & dimissus impunis ac indemnis. *d.* 18. *Dec.* 1680. Enimvero aliqui tales sententiæ violenter ac intemperanter prolatæ, cum invectivis in sanctissima mysteria, pro blasphemiis, quarum pœna jure civili & divino capitalis est, haberi possunt, neque non debent. Hoc est, quod Calvinus scripsisse alicubi de Serveti supplicio arguitur, eum mortem *sola modestia* redimere potuisse, non adversus Calvinum, ut calumnia vult, sed in modo confessionis, nec punitus fuisset, opinor, si, ut noster homo, cum præfatione, in *simplicitate cordis sui* respondisset. (5) Quanquam ille rigor Genevensis non omnibus est laudatus, etsi mansuetissimo Melanchthoni in illo exemplo probatus. Nec pœnituit Genevenses, qui dein per similem sententiam *Nicolaum Antonium* summo supplicio adfecerunt, eo quod *impugnasset SS. Trinitatem, renegasset Dominum Iesum, eumque devovisset, & Judaicam perfidiam amplexus esset*, ut verba sunt sententiæ, *d.* 26. *Apr.* 1632. referentibus Sponio & Leti.

Subjiciam verba Antonii Matthæi, qui de omnibus, excepta sola hæresi, criminibus egit. *De hæresi*, inquit, *nihil adjicio; Tametsi enim Pontificiorum moribus gravissimum crimen est, multaque in inquirendo & vindicando singularia observantur, tamen cum, libertate armis parta, horribilis illa Inquisitio a nostris provinciis exulet, religionemque orthodoxam docendam, non imperandam credimus, enarratio crudelis judicii supervacua futura est*. (6)

T I T. XII.

De Sepulchro violato.

(a) QUi sepulchrum dolo malo violavit, * tenetur in 200. aureos, *l.* 3. *in f. pr. h.* pœna actori cedente, quia non liquet eam cum fisco dividi, ut fit alias, *l.* 25. §. *ult. de SCt. Syll.* qui vero cadavera spoliant, maxime armati, etiam capite plectuntur. *l.* 3. §. 7. *h.*

Est & actio in id quod interest, *l.* 3. *pr.* & §. 8.

(a) *Pos.* 1. 2. & 3.

(4) *Ergo in Frisia melioris conditionis sunt Sociniani, quam ii qui avitam religionem sequuntur: nam. Sacerdotes nostros impune illic interficere licitum, non Socinianorum ministros. Laudo quod Socinianorum ministros impune non liceat occidere, sed Sacerdotum nostrorum impunitam esse cædem, non nisi alium religionis dictare potest.*

(5) *Ad Calvini delationem Servetum carceri fuisse mancipatum, tradit Theodorus Beza, testis hac in re minime suspectus, in vita Calvini, qui addit, eum ex omnium Helveticarum Ecclesiarum sententia fuisse damnatum: Non est itaque calumniosum, si Calvinum, ut præcipuum mortis Serveti auctorem & instigatorem traducamus, maxime, si reflectamus, rigorem hunc Genevensem a Calvino non tantum laudatum & approbatum, sed & speciali libello*, de Hæreticis a Magistratu puniendis, *defensum fuisse.*

(6) *De Inquisitione multa exaggerate prædicari, non dubito. Si verum sit ea tribunalia in modo procedendi exorbitare, hæc defendere non est animus. Cæterum, cum ex principiis Calvini & Bezæ magistratibus competat jus puniendi hæreticos, quidni & idem Principibus Catholicis competeret? Alioque, licet verum sit religionem orthodoxam docendam non imperandam esse, culpandos tamen non esse Principes, qui eo jure utendum putant, Calvinus ipse abunde docuit.*

* In Saxonia Electorali violatores sepulchrorum puniuntur gladio, si effossa & spoliata cadavera non sepeliant, aut sævius effodiant & spolient, fustigatione, si fodium simplex sit: quæ pœna etiam ad eos pertinet, qui cadavera punitorum subtrahunt, iisque ad artes Magicas abutuntur, *P.* 4. *C. El.* 34. aut iis vestes detrahunt & furantur. *d. C.* arbitraria e. g. carceris vel pecuniaria coercitio locum habet, si quis sepulturæ causa, corpora defunctorum rotæ vel patibulo subducat, eandemque dictatam fuisse caligas suspensi auferenti, refert Carpzov. *pr. Crim. qu.* 83. *n.* 62.

§. 8. *h. tit.* *l.* 9. *ad.l.* & *l.* 11. *h.* ubi pœna in eos qui cadaver extraxerunt vel ossa eruerunt. Violasse autem videtur, qui diruit, *l.* 2. *h. t.* qui terram evellit, saxa vel quid aliud aufert, *l.* 4. & *l.* 5. *C. eod.* qui inhabitat, (sic enim erant sepulchra potiora veterum) inædificat, *l.* 3. *pr.* & §. *pen. D. eod.* qui cadavera vexat spoliatve, *ead. l.* 3. & *l. ult. D. eod. l.* 4. *in fin.* *C. eod. l.* 38. *D. de Relig.* qui mortuum infert in sepulchrum, in quod inferendi jus non habet, *d. l.* 3. §. *si quis.* 3. *h.* & qui prohibet aliquem inferri, quo jus inferendi est, *arg. l. ult. C. h.* & *d. l.* 35. *D. de Relig.* de cenotaphio non daretur. *arg. l.* 7. *D. de rer. div.* & *l.* 42. *D. de relig.* & *sumt. fun.*

TIT. XIII.

De Concussione.

(a) CONcussio est, cum quis terrore potestatis suæ abutitur ad pecuniam extorquendam, *l.* 1. & *l.* 2. *h.* adde rem vendendam, ut quidam Magistratus hominem improbatæ religi nis, ad agrum sibi vendendum, minis inquirendi vexandique adigebat. Quid si pecuniam, ut contra leges conniveant, acceperint; Repetundarum magis teneri videntur, ut *infra*; Nisi cum minis expressis tacitisve jusserint exhiberi nummos heic & nunc. Id habitum memini pro concussione, & est. Idem cum quis simulato magistratuum jussu aliquid extorserit, *l.* 1. *D. h. tit* quod etiam de nuntio vel apparitore tradit Damhoud. *prax. crim. cap.* 29. *rubr. de concuss. n.* 5. de procuratore fisci, Farin. *quæst.* 141. *n.* 30. & *seqq.*

2. (b) Pœna est extraordinaria, *l.* 1. *h.* etiam quadrupli, *l. ult. C. ad L. Jul. repet.* aliquando & publ ici judicii. *l.* 1. *pr.* & §. 1. *ad L. Corn. de fals.*

TIT. XIV.

De Abigeis.

I. Qui sint Abigei, & pœnam non esse capitalem.

(a) ABigei sunt, qui pecudes de stabulo furandi animo abducunt, nempe equum vel bovem; nam oves oportet decem, porcos quinque esse. *l.* 3. *h. t.*

(b) Nec exigimus ut eodem temporis momento abegerit, etiam qui sæpius abegit, licet semper unum vel alterum pecus, abigeus tamen est. *d. l.* 3. §. *pen. h.* Cæterum, si quis boves aberrantes, vel equos in solitudine relictos abegerit, non est abigeus, sed fur potius. *l.* 1. §. 1. *D. h. tit.*

(c) Pœna est vel relegationis, vel operis publici, vel metalli. aut gladii. *l.* 1. *pr.* §. 2. & 3. *h.* Gladius olim fuit ludus gladiatorius, sed jure novo, sublatis illis ludis, *l. un. C. de gladiat.* pœnam gladii intelligi vult Sand. 5. *decis.* 9. 9. & sic Curia definivit. Aliter Cujac. 13. *obs.* c. 13. cui libens adsenserim, nec enim est ratio, ut Justinianus alium Hadriani verbis sensum affinxerit, quam ipse sibi fuit conscius, alioqui clarius sanxisset. Proinde pœnam capitali mitiorem esse oporteat.

Quanquam etiam in exquisitis illis, ob delicti frequentiam, exemplis Sandii, pœna capitalis Abigeis irrogata fuerit, atque ille ita disputet, quasi pœna capitalis heic omnino recepta sit in Frisia, minime tamen illud crimen semper capitali supplicio adficitur. Sæpius enim abigei fustigati & relegati sunt, quandoque & stigmate inusti, aliquando simpliciter relegati, cujus lenitatis hæc sunt exempla, quæ excerpsi ex annotatione MS. *Antonii Kan*, Procuratoris Frisiæ Generalis. *Hans Koermaker Leovardiensis d.* 10. *Septemb.* 1625. *Gerben Douwes ex pago Lioessens*, d. 28. *Septemb.* 1627. *Dirk Jaussen Rijpensis*, d. 27. *Octobr.* 1628. *Hessel Harmens Arumensis d.* 6. *Nov.* 1628. Omnes relegati, & ultimus ad biennium dumtaxat.

TIT.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

TIT. XV.

De Prævaricatione.

(a) PRævaricator a varicando dictus, *l. 1. pr. h.* is est, qui adversam partem, prodita causa sui clientis, adjuvat. *l. 1. h.*

(b) Judicium autem prævaricationis duplex est, publicum, & extraordinarium. Publicum in accusatorem, qui judicio publico non ex animo egit; ex qua causa eadem pœna afficitur, qua teneretur, si ipse in legem commisisset, qua reus, per prævaricationem absolutus est. *l. pen. D. h. tit.*

(c) Extraordinarium in eundem, si judicio privato prævaricatus fit: item in advocatum, sive is publico, sive privato judicio prævaricatus sit. *l. 1. §. 1. & l. 3. §. 2. D. h. t.*

(d) Advocatus equidem hoc faciens, proprie non prævaricatur; tamen extra ordinem punitur. *d. l. 1. §. 1. & l. 8. de Extraord. Crim.* Denique omnis prævaricatio pœna afficitur extraordinaria. *l. 2. h.*

TIT. XVI.

De Receptatoribus.

I. Pœna Receptatorum. II. An & in privatis delictis habeat locum.

(a) REceptator est, qui maleficis facultatem se occultandi præstat, & præcipitur, ut perinde ac ipsi latrones puniatur. Quod limitandum videtur, si consilia cum illis sociaverit; alioqui mitius. *l. 1. C. de his qui latr.* Cognati quoque lenius habentur. *l. 2. h.* Recte etiam ab Interpp. traditur, cauponem, qui subitario hospitio latrones recepit, excusari: neque enim eligit sibi viatores, nec repellere potest iter agentes. *l. un. in fin. D. furt. adv. caup. Naut.*

2. (b) Qui privatorum delictorum reos receperit, an teneatur, quæritur. Negat Wesenb. *in par. h.* non recte: de fure enim recepto, id disertis verbis scribitur *in l. 13. D. de Off. præs.* In privatis autem & minoribus delictis, relegandi videntur receptatores, per *l. ult. ff. de Abig.* aut mitius, ut est factum.

SCHOLIUM.

Conf. Hahn. ad d. l. Wesenb. *Cæterum vapulat miser Wesenbecius, ut sæpe alias, ita & hic sine causa. Dicit enim, non quod receptatores furum vel similium hauquaquam teneantur, sed quod pœna receptatorum, quæ in l. 1. h. t. exponitur, locum non habeat in privatis delictis, in quo certe consentit cum Auctore.*

RESPONSIO.

Verba Wesenbecii; In privatis delictis, puta vulneribus illatis, injuriis, cessat ea, scilicet pœna receptatorum, ut memini, *addit*, aliquando judicatum. *Thesis est generalis de privatis delictis; exemplum, de vulneribus per injuriam illatis, quod illustrat non coercet regulam. Quin nec vulneris per injuriam illati auctor, qui requiritur, judici exhibendus, (alias receptatio non habet intellectum) a receptatoribus occultari potest: Quem enim jus est requirere latentem, hunc recipere & occultare non est jus.* arg. l. 1. de Fugitiv. *Non sunt igitur justæ Wesenbecii hac parte vindiciæ; Etsi graviter peccatum esse, vel talia non cuilibet excidere quandoque, negandum non est. Quod autem vapulando miserum dicit Wesenbecium, (adde sis Treutlerum) Scholiastes, respicit ad crebras commentatorum ejus Bachovii, Hahnii &c. Censuras ac cavillationes. Decora ingenii potius ipsa commentari, quam alia recensere, supplere & exagitare debent.*

N. ADDIT.

I.) Auctor plane nihil respondet ad objectionem Scholii, quin potius adducendo locum Wesenbecii, confirmat Scholium, quod scilicet non loquatur de omni, sed de pœna ordinaria receptatorum. II. Gratiæ agendæ Auctori, quod ipsi hac responsione suppeditet aliud medium defendendi Wesenbecium: Scilicet Wesenbecius non agit de omnibus privatis delictis, sed saltem de iis, quorum facit mentionem, quod ostendit verbum puta, quæ hic est vox limitantis, non exemplificantis, ut Auctor vult. III. Etsi Wesen-

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3.

senbecius ne omnibus delictis, etiam de furto locutus fuisset, non tamen propterea culpandus foret. Nondum enim auctor probavit, quod de fure recepto id diserte asseratur in l. 13. de off. præsid. *quod eorum receptator pœna receptatorum puniri debeat. Ista enim sunt legis verba:* Præses sacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, & prout quisque deliquerit, in eum animadvertere, receptoresque *eorum* coercere, sine quibus *latro* diutius latere non potest. *Vides hic ex contextu, intelligi fures, qui simul latrones sunt, non fures omnes, quatenus pertinent ad delicta privata; item per receptatores* eorum, *non intelligi* furum, *sed ut mox explicatur*, latronum. *ut adeo inter hanc legem &* l. 1. h. t. *plane sit convenientia. IV. Quod miserum vocaverim Wesenbecium. & sæpius sine causa vapulantem, nec ad Hahnium pertinet, nec ad Bachovium, sed ad Auctorem Errorum Wesenbecianorum, tum satis notum.*

TIT. XVII.

De Furibus Balneariis.

(a) IN balneis publicis, ubi vestes lavantium deponuntur, magna erat facilitas & copia furti; quod merito extra ordinem puniendum; non tamen ultra opus publicum temporarium, *l.* 1. *h.* pro clementia juris Romani.*l.*1.Hodie corporaliter, aliquando quam cæteri gravius puniuntur. His adæquandi, vel forte severius habendi, qui linteamina e campis publicis, ubi lota candescunt, surripuerunt. Balneariis furibus æquiparantur quod ad pœnam attinet, Nocturni. *l.* 1. *h.*

TIT. XVIII.

De Effractoribus & Expilatoribus.

I. Pœna effractorum carceris. II. Alia moribus hodiernis. III. De effractoribus rapinæ causa. IV. Quid expilatores, & pœna eorum. V. De Directariis & Apertulariis.

(a) QUi carcere effracto evaserunt, capite puniuntur, licet innocentes sint, *l.*1. *pr.h.* junct.*l.*13.*de Cust. reor.* qui per negligentiam custodum evaserunt, levius puniuntur. *d. l.* 1. *in f. pr.* Hæc sunt perspicue in *dd.* textibus, additis *l* 38. §.*pen. de Pœn. & l.* 13. §. *pen. de R.milit.*cum quibus, si quis velit, conferre potest quod Thomasius notavit.

SCHOLIUM.

Auctor igitur l. 1.pr.hic *tanquam propositionem universalem considerat, &* l.13. de Cust. reor. *secundum eam explicat. Alii contra* d. l. 13. *tanquam regulam considerant, & ex ea* d. l. 1. limitant, *ut iis saltem casibus procedat, si quis ob delictum capitale, vel prope capitale, carceri inclusus sit, ut tamen & hoc ultimo casu arbitrio judicis sit locus.Vid.Dn. Schilt.*Ex. 49. th. 43. *ubi & præjudicium. Rursus aliter exponit textus, de pœna effractorum carceris loquentes, Ant. Matth.* lib.47. ff. tit.ult. cap. 4. p. 257. seqq. *inclinans tamen* p. 259. n.3. *ad eandem sententiam, quod pœna non semper sit capitalis. Mihi videtur, pœnam horum in Rep. Romana pro diversitate temporum variasse*, arg. p. l. 13. & d. l. 1.

2. Moribus extraordinaria pœna est, minime capitalis, ob hoc ipsum quod eruperint; etenim libertatis amor, quem homo novissimum exuit; & miserabile studium redimendi sanguinem suum, tam acerbe non merentur excipi, ut quidem videtur. Nec aliud mores nostri ferunt: qui nec probare videntur, quod jure civili custodes carceris, quorum non modo negligentia, sed etiam fraude, rei criminum evaserunt, mitius puniuntur, quam miseri, ac etiam innocentes rei. Namque negligentia custodum sola remotione, fraus & corruptio extra ordinem judicis officio punitur. *l.* 8. *de Custod. reor.* Quin etiam qui cum eo, quem custodiebat, erupit, is adhuc capite punitur. *d. l.* 38. §. *pen. de Pœn.* Aliquando equidem miles custos ob fraudem capite punitur, sed arbitrarie; quandoque & custodi venia datur; reus, qui una fugit, eo quod fugit, ducitur ad supplicium. *l. ult.* §. 2. *de Custod. & exhib. reor.*

(a) *Pos.* 1. & 2. (a) *Pos.* 1.

reor. Hæc neque servantur, neque rationem habent, ut mihi quidem videtur: præpositumque carceri sive custodem, gravius quam *custodiam*, id est reum vinculis constrictum, peccare existimaverim.

3. (b) Sunt adhuc effractores alio sensu, qui parietibus effractis vel perforatis, pecunias auferunt, qui relegantur, vel in opus publicum dantur, *l.* 1. §. *ult. h.* aliquando & gravius, non tamen ad mortem, *l.ult. h.t.* quod longe aliter moribus hodiernis. Cum enim hi non fures, sed raptores sint, & plerumque nocturni, capite puniuntur etiam illic, ubi furti rapinæque pœna minime capitalis est, quod & apud nos sæpius obtinuit, maxime si frequentes essent effractiones. Sed novissimis temporibus magis placuit pœna juris civilis, * ut nocturni effractores fustibus cæsi in metallum dentur, id est in opus publicum longi temporis, addita stigmatis inusti nota, ad æquandam *metalli* pœnam, quæ perpetua est, & opere publico nostrate gravior.

4. (c) Expilatores, de quibus in Rubrica, sunt atrociores fures, hoc enim vox sonat, ut docet Ulpianus in *l.*1. §.1. *h. οἱ τοὺς ἀνθρώπους ἐκδύοντες, qui homines exuunt, βιαίως, violenter.* Cujac. 15. *obs.* 31. Vox deducitur a pilo, quod est *complano*; Græce πιλῶ, *constipo*, sive quod ejusmodi fures quidquid est in *superficie* tollunt & planum faciunt, ut nihil extet; sive quod tam confertim furentur & spisse, ut res ablatas, quo expeditus auferant, *constipent.* Pœna merito gravior extra ordinem infligitur, analogice respectu pœnæ quam Romani, & quam Gentes hodiernæ, furibus & raptoribus infligunt.

5. (d) Inter fures extraordinarios heic relatos, sunt etiam Directarii, qui se in aliena cœnacula furandi animo dirigunt; quibus affines sunt apertularii, confectores cardinum, quibus nihil tam obseratum, occlusum, obsignatum, quod non aperiant. *l.* 7. *de extr. crim.*

TIT. XIX.

Expilatæ hæreditatis.

(a) EXpilatæ hæreditatis crimine tenetur is, qui res hæreditatis jacentis, h. e. nondum aditæ, vel aditæ quidem, sed necdum possessæ, surripit, quoniam furtum hoc non est. *l.* 1. & *l.* 2. *h.* Uxor tamen, quia socia est, *l.* 1. *rer. amot.* & *l.*5. *h.* & cohæres, hoc judicio non tenentur. *l.*1. *C. de crim. expil. hæred.* & *l.*51. *p. Soc.* Pœnæ quibus coercitum fuerit hoc crimen, in jure expressæ non sunt, cum autem crimen sit extraordinarium, non dubitandum, quin corporalis pœna infligi reo possit. Gomes. *tom.* 3. *resol.* 5. *n.* 16.

TIT. XX.

Stellionatus.

(a) STellionatus, ita dictus a stellione versutissimo lacerti genere, Cujac. *h.* est omne delictum, quod nomine proprio caret, *l.* 3. §. 1. *h.* ubi & species diversæ, quas inter, si quis rem alii oppignoratam dolose vendiderit. Atqui in *l.* 66. *de Furt.* hæc species furtum appellatur.

N. ADDIT.

Ad declarandum N. Addit. supra ad tit. de pignoribus adjectam, notandum, quod Auctor textus Pauli & Ulpiani obstantes alio modo conciliare voluerit. Sic enim sunt verba posit. 1. & 2.

1. *Stellionatus ita dictus a stellione versutissimo lacerti genere, Cujac.* h. *est omne delictum, quod nomine proprio caret,* l. 3. §. 1. h. *ubi & species diversæ, quas inter, si quis rem alii oppignoratam dolose vendiderit,* (a) *quod si hypotheca sit, videtur esse furtum.* l. 66. de furt.

(a) Vel oppignoraverit, *dd. text.* & ad hanc extensionem spectat *positio* 4.

2. *Ita conciliavimus hos textus, aliam secuti viam* ad t. de pignor. (b) ἀλλ' οὐκ εὐτύχως. *Nam* d. l. 66. *diserte etiam de hypotheca loquitur.*

(b) Imo

(b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 2. (d) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. & 2. (a) *Pos.* 1. 2. & 3.

* Omnino Effractionis pœna est non capitalis se arbitraria, si stupri, adulterii, aliusve rei illicitæ causa facta est; sed in fure effractio violenta se seditiosa crimen aggravat. *Ord. Crim. Carol. art.* 159.

(b) Imo non, sed ibi auctor ipse hæsitavit, an furtum, an stellionatum diceret. Vide *quæ ibid.* notavimus *n. 7. lit. g.*

Postea pergit: Quid si ita? *Et responsionem, quæ nunc hic sequitur, tradit, de qua jam supra* ad tit. de Pignoribus *notavimus, quod antinomiam non tollat, ut etiam tum in Scholio nunc omisso, sed jam noviter addito, feceram.*

Quid ita? Pignore, quod traditum est, venditi, sine dubio furtum admittitur, §. 10. *Inst. de Obl. ex del.* etiam hypotheca speciali vendito, ut Paulus & Julianus *d. l. 66.* at hic plus dubii est, quia possessio non eripitur: Ideo Ulpianus in *l. 3. §. 1. h.* stellionatum advocat, † non secus ac in civilibus actio quandoque datur, sed dubitationis tollendæ causa ad præscriptis verbis actionem recurritur. Vid. *l. 1. Commod. in fin. pr.* juncta *l. 17. pr. Præscr. verb.*

N. Addit.

‡ *Scholium omissum hoc est: Adeoque a Paulo dissentit, non secus ac in civilibus actionibus JCti de actione præscriptis verbis, e contractu nominato descendente, sæpius dissentiunt.*

Intelligitur autem specialis Pignoratio; generalis enim ad neutrum crimen pertinet. *l. 34. pr. de pign. & hyp.*

2. (b) Reliquæ stellionatus species sunt: Si quis rem alienam pignori dederit, *l. 16. §. 1. D. pign. act. & l. 2. C. h. tit.* aut æs pro auro dederit. *l. 36. pr. D. de pign. act.* Si quis merces suppofuerit, vel obligatas averterit, vel corruperit. *l. 3. §. 1. & ult. D. h. tit.* Si quis imposturam fecerit, vel collusionem in necem alterius. *ead. l. 3. §. 1.* Si creditor pecuniam a se non numeratam acceperit, vel numeratam iterum, e sententia licet, exegerit. *l. 29. §. 5. Mandat.* Pœna opus metalli excedere debet in plebeis; in his autem, qui sunt in aliquo honore positi, ad tempus relegatio, vel ab ordine motio remittenda est. *d. l. 3. §. 2. D. h. tit.* Famosum sit an secus hoc judicium, vidimus ad *tit. de His, qui infam. n. 3.*

SCHOLIUM.

Vide supra quæ dixi de his, qui not. infam posit. 15. *Putat tamen Wissenbach.* ad d. tit. de infam. th. 23. *nondum quenquam Ulpianum, harum legum auctorem, a contradictione liberasse. Et sane fatendum, etiam Auctoris conciliationi obstare, non quidem censuram Wissenb.* d. l. *ad quam facile responderi potest, sed quod utrobique textus Ulpianei verba reliqua monstrent, locutionem ejus indefinitam æquipollere universali, non particulari. Quid si dicamus*, in d. l. 2. *Ulpianum voce judicii famosi synonymice usum esse pro judicio publico, ut sensus sit; Stellionatus judicium non esse publicum, sed coercitionem extraordinariam habere. Ita nulla amplius erit antinomia. Et sensus certe est optimus, & ratio acceptionis non obscura. Nam famosa crimina sunt, vel publica, vel extraordinaria. Publica eminenter sunt famosa, quia omnia extraordinaria secundario.* vid. supra de his qui not. inf. posit. 13. *Jam terminus analogus simpliciter positus, sumendus pro analogato nobilissimo.*

RESPONSIO.

Thomasii exceptio est, quod Ulpianus in hac l. 2. *universaliter negative loquatur, cum responsio nostra supponat negationem particularem in hac positione* Stellionatus judicium famosum quidem non est; *in casu, quo judicium civile super eodem facto non est famosum, ut nos interpretamur, cum verba sint indefinita, ideoque universalia: hæc, inquam, ratio speciem haberet, si constaret, Ulpianum in loco integro, unde Lex. 2. excerpta fuit, non esse locutum de tali casu, quo factum stellionatus parit actionem civilem non famosam, ut in commodato, pignore, similive contractu: secus ac obtineret, si stellionatus circa materiam Depositi, Mandati, Tutelæ, Societatis sit commissus. Cum autem locus* d. l. 2. *ex alio majore sit excerptus, conjectare licet, eum in isto loco sic esse locutum, ut ne secum ipse, cumque certis juris principiis pugnare videatur. Responsionis medium, quod Thomasius suppeditat, a notissima proprietate verborum nimis recedit procul.*

N. Addit.

I. Judicet lector de responsione Auctoris, qui salvare voluit suam conciliationem. Ego dixi, non verosimile est, Ulpianum in istis legibus respexisse diversos casus, quia utrobique generaliter & indefinite loquitur. Contra Autor, præsumendum prius esse, ne Ulpianus sibi ipsi contradicat. II. Responsio ad meam conciliationem, nihil dicit ad regulam de significatu termini analogi, quam ursi in scholio. Deinde notum est; quod JCti in doctrina interpretationis [illegible] regulam commendent. A proprietate verborum recedi debere, si per significatum improprium evitetur absurditas, (qualis hic est contradictio Ulpiani) vel iniquitas. Adde, quod ita secundum me exposita lege, planior fiat sensus legis, quia publicum & extraordinarium sibi propius opponuntur, quam famosum & extraordinarium.

TIT.

(b) *Pos.* 4. 5. 6. 7. 8. & 9.

TIT. XXI.

De termino moto.

(a) HOc crimine tenetur, qui terminos finium causa positos propulerit, avulserit: item qui finium obscurandorum causa faciem locorum converterit. *l.* 2. *&* *l.* 3. *D. h. tit.* Modus pœnæ, ex conditione personæ & mente facientis statuitur; alii relegantur, alii ad opus damnantur; sunt qui verberibus rem decidunt; sunt qui capite luunt. *d. l.* 2. *&* *l.* 3. §. 1. *h.* Concurrit cum accusatione extraordinaria, actio popularis ex lege agraria Caji Cæsaris, qua reus in terminos singulos, quos ejecerit, locove moverit, quinquaginta aureos in publico dare jubetur. *d. l.* 3. *h.* Ita conciliamus *l.* 1. cum *l.* 3. *h.*

TIT. XXII.

De Colleggiis & Corporibus illicitis.

(a) HEic puniuntur, qui collegium vel quodcunque corpus fecerint, celebraverint, non ex Scti vel Cæsaris auctoritate: etiamsi honestus prætexatur titulus, veluti species religionis, aut voti solvendi. *l.* 1. §. 1. *&* *l.* 3. §. 1. *D. de Colleg. & corp.* *l.* 2. *de Extr. crim.* *l.* 15. *C. de Episc. & cler.* Licita fuere collegia pontificum, armentariorum, publicanorum, pistorum, naviculariorum, fabricensium, Judæorum. *l.* 2. §. 6. *de Orig. jur.* *l.* 6. *pr. D. eod.* *d. l.* 1. *D. Quod. cuj. univ. nom.* *l.* 2. *C. de Iud. Tit. C. de fabricens.* Alia fere omnia prohibita. Prohibendi autem ratio partim factionum metus, partim comessationum & compotationum intemperantia; quod malum non ita pridem in Academiis quoque viguit; atque in nostra optimo publico abolitum est, anno 1668. mense Junio, delegatis ad eam rem solenniter Nobilissimis Amplissimisque Viris ex Collegio Ordinum Novemvirali, D. WILHELMO van HAREN, D. TARQUINIO BOELENS. Ex Suprema Curia., D. THEODORO a SCHELTINGA, & JOHANNE BOURICIO. Una cum Magnificis Dd. Curatoribus Academiæ, qui tunc erant D. HERO van OCKINGA, SUFFRIDUS ABINGA ab HUMALDA, THEODORUS BAERDT & ALLARDUS PETRUS a JONGESTAL; cum D. ANTONIO KANN, Procuratore Generali; Rectore Academiæ JOACHIMO FRENCELIO Medico, quorum omnium Primus hoc tempore ingenti communis Patriæ bono solus est superstes, quod ut diu sit, plurimum interest Reipubl. & Academiæ, cujus etiamnum Curator est, idque ut, in multos annos fit, merito apprecamur. Detur venia rem notabilem heic ab oblivione vindicanti.

Collegiis illicitis pœna arbitraria infligitur: aliquando præter dissolutionem collegii nil gravius patiuntur, *l.* 3. *pr. D. de Coll. & corp.* aliquando tenentur ea pœna, qua tenentur qui hominibus armatis loca publica occuparunt, *l.* 2. *D. eod.* si nimirum seditiosum sit collegium.

TIT. XXIII.

De Popularibus Actionibus.

(a) POpularis actio est, quæ jus suum populo tuetur, & datur quidem cuilibet ex populo ad agendum capaci: sic tamen, ut is cujus maxime interest præferatur, *l.* 3. §. 1. *h.* & Prætor eligat ex pluribus digniorem. *l.* 2. *h.* Procurator in his judiciis ab actore non potest, a reo potest dari. *l.* 5. *h.* Ratio est, quia procurator tantum ab eo cujus interest datur; actoris autem in his proprie nunquam, rei semper interest. *l.* 42. *de Procur.* Est & hoc singulare, quod in his judiciis neque fidejussor, neque arbiter datur. *l.* 56. §. *ult. de Fidej.* *l.* 32. §. 7. *de Recept. qui arb. recep.*

LIB.

(a) *Pos.* 1. 2. & 3. (a) *Pos.* 1. 2. 3. & 4. (a) *Pos.* 1. 2. 3. & 4.

LIB. XLVIII. TIT. I.

De Publicis Judiciis.

I. Quid Publica delicta, remissive, & noviter. II. Differentia a privatis olim hodieque.

(a) HAnc rubricam ad Institutiones *ultimo loco* habuimus, unde quæ de natura illorum dicta sunt, intelligi possunt. Justinianus *ibi* cur publica dicantur, hanc rationem reddit, *quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.* Quibus verbis etymologia potius, quam exacta definitio tradi videtur; cum popularibus actionibus, quæ publica judicia non sunt, eadem perfecte conveniat: Nisi hoc incommodum tollere possis, si pro *executio*, substituas *accusatio*, quæ vox opponitur *actioni*, qualis est *popularis*. Criminibus publicis accusatio sola convenit *arg. rubr. tit. sequ. & pr. Inst. de publ. jud.* Tu dices, nonne & *executio* parem sensum habet, aut quid ea vox apud Cæsarem vult? Non utique significat ibi effectum & implementum sententiæ, quam executionem vocamus, sed ipsam equidem accusationem: ut *executio criminum*, *in l. 1. §. 1. de Incend. ruin. naufr.* Executio *publica*, *in l. 7. §. 1. de Injur.* Attamen & latius patet *executio*. Nam privatorum quoque criminum *executio* dicitur, ut *furti executio*, id est actio, *l. 1. §. 1. de Privat. del.* ne dicam *exequi sermonem*, apud veteres passim. Sic igitur hæc definitio: Publica judicia sunt, quorum accusatio cuilibet ex populo *plerumque* datur, *d. §. 1. l. h. t.* Additur autem plerumque, vel quia multi prohibentur accusare, de quibus *in tit. sequ.* vel quia crimen adulterii novissime tantum quinque personis datur, *l. 30. C. ad L. Jul. de Adult.* & crimen suppositi partus, non datur aliis quam propinquis *l. 30. §. 1. ad L. Corn. de Fals.*

2. (b) Quomodo autem à privatis delictis publica differant, *ad pr. d. tit. Inst.* vidimus, & rursus *ad tit. de Extraordin. crimin.* attigimus. Habuerunt, inquam, olim publica Judicia legem certam, formulam, ordinemque & pœnam certam. *l. 3. §. 2. Stellion. l. 3. §. ult. de Prævar. l. 131. §. 1. de V. S.* Sed primum ordo obsolevit, durante aliquandiu legum pœna *l. 8. de publ. jud.* Vetusti ordinis rationem exponit Brissonius 2. *Select. antiqu. c. 1.* Dein & pœnæ legum exoleverunt, vindicanturque crimina omnia extra ordinem arbitrio judicis, modo durius, modo remissius. *l. 1. §. ult. l. 13. D. de pœn.* Illud tamen peculiare est, quod publica crimina infamant omnia; extraordinaria non omnia *l. 7. D. de Publ. jud.* Ipsa vero differentia, quam exprimit definitio, quod accusatio cuilibet e populo detur, nunquam jure civili desiit obtinere. Moribus hodiernis, in plerisque locis Procuratores Fisci criminales accusationes instituunt, ut videbimus *ad fin. tit. seq.* atque ille jus Reipubl. dicitur exequi, ut hoc sensu omnia judicia criminalia recte *publica* vocentur. Alio sensu tamen distinctionem inter publica privataque delicta, suum adhuc usum habere posse, docuimus *ad h. tit. Inst. num. 1. in fin.*

TIT.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. & 4.

T I T. I I.

De Accuſationibus & Inſcriptionibus.

I. Quid accuſatio & Inſcriptio. II. Qui accuſare prohibeantur. III. De pœna talionis. IV. Non poſſe crimen publicum per modum exceptionis opponi. V. Quid moribus.

(a) CUilibet igitur e populo cum accuſare permiſſum fuerit, videndum, quid ſit Accuſatio; Nihil eſt aliud, quam *Rei criminis apud judicem perſecutio, publicæ vindictæ cauſa.* Jungitur ei inſcriptio, quæ eſt declaratio Accuſatoris, qua profitetur, quem, cujus criminis accuſet, cujuſmodi libelli formulam habemus in *l.* 3. *h. t. Conſul & dies; Apud illum Prætorem vel Proconſulem, Lucius Titius profeſſus eſt ſe Mæviam lege Julia ab adulteriis ream deferre: quod dicat, eam cum Gajo Sejo, in civitate illa, domo illius, menſe illo, Conſulibus illis, adulterium commiſiſſe.* Unde patet, diei aut horæ adjectionem non eſſe neceſſariam, cum in illis oblivio ſit facilis. Hiſce libellis delatores ſubſcribebant, aut alii pro ipſis, *d. l.* 3. *§.* 2. *& l.* 7. *in pr. h.* ideoque ſubſcriptiones vocantur, pari paſſu ut inſcriptiones. *l. ult. de privat. del. l. ult. de Furt. l.* 24. *ad L. Cornel. de Falſ.*

2. (b) Accuſare poſſunt qui non prohibentur. Vetantur autem generaliter mulieres, pupilli, milites, magiſtratus, infames, qui duorum contra diverſos criminum ſunt delatores, & qui pecuniam accuſandi cauſa acceperunt, *l.* 8. *h.* qui falſum teſtimonium dixere, *l.* 9. & qui minus 50. aureis habent in bonis, *l.* 10. *h.* denique ſervi *l.* 53. *de Jud.* & graviorum criminum rei. *l.* 13. *C. de his, qui acc. non poſſ.* Plerique tamen eorum admittuntur, ſi ſuam ſuorumque injuriam perſequuntur, *l.* 2. *§.* 1. *l.* 4. *& l.* 11. *h. t.* item in crimine majeſtatis, *l.* 7. *&* 8. *ad L. Jul. majeſt.* Præterea ſpecialiter prohibentur liberi accuſare parentes, *l.* 5. *C. ad L. Corn. de Falſ.* liberti patronos, *l.* 8. *in f. h.* & conſanguinei in crimine atroci, ſecus in levioribus. *l.* 13. *& l.* 18. *C. de his, qui accuſ. non poſſ.* Accuſatus reconvenire non poteſt; niſi atrocius, vel idem crimen habeat opponendum, *l.* 1. *C. de his. qui acc. non poſſ.* qua de re diximus ad *tit. Quib. ex cauſ. ad eund. jud.* ad verba QUA REUS. Qui autem ab uno eſt delatus, ab alio deferri non poteſt ob idem crimen, *l.* 11. *§. ult. h. & l.* 9. *C. eod.* ſi diverſa ſint delicta, manent quidem diverſæ delationes, ſed una poſt alteram exercetur. *l.* 2. *§. ult. de Cuſt. reor.*

3. (c) Qui ſubſcribit in crimen, obligatus eſt ad pœnam talionis, ſi calumniæ convictus fuerit. *l.* 2. *C. de Exhib. & transmitt. reis. l.* 3. *C. de His, qui accuſ. non poſſ. l. ult. C. de Accuſ. l.* 2. *§. pen. ad L. Jul. de adult.* Hactenus excuſatur tamen a ſubſcriptione maritus, jure viri uxorem adulterii accuſans. *l.* 30. *C. ad L. Jul. adul.* Mulier ſuam ſuorumve injuriam perſequens, *l.* 12. *C. Qui accuſ. non poſſ.* qui parentum vel liberorum necem ulciſcuntur, *arg. l.* 2. *l.* 4. *& l. ult. de Publ. jud.* nec non inquiſitores, aut nunciatores criminum. *l.* 7. *C. h. l.* 6. *de cuſt. reor.* Neminem tamen manifeſtam calumniam ferre impunitam, ratio, & vigor diſciplinæ jubet.

4. Cæterum, ex eo, quod Accuſatio requirit inſcriptionem in crimen, aut officium Procuratoris Fiſci, recte colligitur, atrox aliquod & publicæ vindictæ crimen, non poſſe per modum exceptionis, aut incidentis litigii tractari, ut judicatum refert Robertus 1. *rer. judic.* 14. in hac ſpecie; Mulier petebat ab hærede mariti dotem & dotalitium; Hæres opponebat adulterium, & parricidii in maritum conſcientiam, eoque argumento pecuniæ repetitionem negabat; ſed judicatum eſt, non licere per modum exceptionis, aut civiliter, tam atrocia crimina proponere, cauſam mulieris agente Mornacio. *d.* 9. *Maji* 1585.

(d) 5. Moribus hodiernis, privati non accuſant, ſed Fiſci Procurator, utique alii non ſolent; non prohibentur tamen legibus, & ſi velint privati, non videntur excludendi, maxime ſi Fiſci Procurator nolit, ut ſit, aut non poſſit. A. Matth. *ad lib.* 48. *ff. tit.* 20. *Cap.* 2. *n.* 2. Sed de uſu hodierno, ad *tit. ſeq.* diſtinctius & preſſius agendum.

TIT.

(a) *Poſ.* 1. (b) *Poſ.* 2. 3. 4. 5. *&* 6. (c) *Poſ.* 7. & 8. (d) *Poſ.* 9.

TIT. III.

De Custodia & Exhibitione reorum.

I. Quid si nullus sit Accusator; judicem ex officio inquirere in crimina. II. Quid juris; si reus non includatur. III. Quis ordo procedendi, si reus includatur. IV. An tum litis contestatio, interlocutio, & cætera judiciorum ordinaria fiant. V. Summa differentiæ judicii criminalis, & quid alibi sit processus inquisitorius. VI. De carcere singularia quædam.

QUod si nullus fuerit Accusator, Reipubl. tamen utilitas non patitur ut crimina relinquantur impunita. Leviora quidem sine accusatore facilius transmittuntur. *l.* 33. §. 7. *ad L. Jul. de adult. l.* 6. §. 2. *de Muner. & honor.* Sed latrones, sacrilegos, plagiarios, fures, omnesque maleficos, Præsides conquirere, & prout quisque deliquerit, animadvertere debent. *l.* 13. *in pr. de Off. Præs. l.* 4. §. 2. *ad L. Jul. pecul.* Ideo debent habere homines, qui referant ad eos, quid in urbe provinciave agatur. *l.* 1. §. *Quies.* 12. *de Off. Præf. urb.* Tum vel ipsi illos comprehendi jubere debent, vel scribere ad Magistratus, ubi factores agere dicuntur, & desiderare, ut cum prosecutoribus ad se remittantur. Solennia quidem accusationis tum usum non habent. *l.* 7. *h. t. l.* 7. *C. de Accusat.* Sed tamen causæ cognitione exacta opus est *d. l.* 7. *C.*

2. (a) Primo quidem, an Reus in carcerem sit recipiendus, vel liberiori custodiæ tradendus, an fidejussoribus sit committendus, aut etiam sibi, sub hypotheca bonorum suorum. *l.* 1. *& l.* 3. *h. t.* Quod si crimen & persona sit ejus generis, ut non dubitetur, quin e vinculis causa dicenda sit, statim comprehendi jubetur. *d. l.* 1. *&* 3. *h. t.* Si crimen sit ejusmodi, ut pœna sit infra relegationem, Reus simpliciter in jus vocari potest, & mittere procuratorem. *l.* 1. *D. An per al. caus. appell.* Quod si justa dubitandi ratio sit, Reus citatur ut ipse veniat; & prima tum quæstio est, an carceri sit includendus, quod cum judicem perpendere oporteat, *d. l.* 1. *h.* causæ cognitione saltem opus est extraordinaria. Si placuerit eum dimitti, fit hoc cum stipulatione judicio sisti, sub pœna confessi & convicti, firmata satisdatione, pro tali summa, quæ judici par commisso visa fuerit: Fidejussor autem elapso tempore quo sistere eum debuit, sex mensium habet spatium, ut reum sistat, antequam ad solvendam mulctam teneatur; aut si nullum tempus sit adjectum, postquam desideratus fuerit; nisi defendere eum malit, si causa per Procuratores agi possit, quod tamen non permittitur post elapsos sex menses, at reum conquirendum indultos. *l.* 26. *C. de Fidejussor.* Cum autem promissio sistendi reum indefinita sit, fidejussor. non liberatur, nisi quoties requisitus fuerit, eum exhibeat, *d. l.* 26. *in pr.* non tamen post appellationem. *arg. l. pen. Iudicatum solvi.*

SCHOLIUM.

Sed vereor a Cautione judicatum solvi, de qua loquuntur textus citati, ad cautionem, judicio sisti, hic argumentum procedere.

RESPONSIO.

Lex pen. *de cautione judicatum solvi loquitur, sed* lex 26. *de judicio sistendi causa disertè; Argumentum autem, quod ex* l. pen. *ducitur, evidens est; Nam si judicatum solvi, quod ad rem spectat, fidejussio non extenditur ultra primam instantiam, qua tamen de re ad* tit. jud. solvi. *egimus; certe judicio sisti, quod semper fit apud certum judicem, ad diversi judicis auditorium nullo modo extendi potest.*

N. ADDIT.

Jam consentio. Et potest adeo Scholium omitti.

Fit etiam aliquando, ut media inter carcerem & satisdationem via servetur; qualis erat libera custodia in ædibus Magistratuum, & custodia militaris, quando Rei militibus alligati in ædibus suis servabantur, ut Paulo Apostolo accidit *Actor ult. cap.* (b) Sic etiam hodie, quando crimen est dubii eventus, incerto vulneris statu, Rei notabiliores domi suæ, quandoque missa manu militari custodiuntur, sed ad breve; donec aut sub cautione dimittantur, aut in arctiora vincula conjiciantur, ut sæpus usu venit.

3. Verumquoties ex continenti reus carceri inclu-

(a) *Pos.* 1. *&* 2. (b) *Pos.* 8. *&* 9.

includitur, jure civili datur laxamentum XXX. dierum ad mœstos penates componendos, *l.* 2. *C. de exh. & transm. reis.* quod moribus hodiernis nusquam servatur; Etsi quidem ab Irenarchis veniant, quorum vicem apud nos hac parte Magistratus inferiores exhibent, Præses sive superior judex, qui de crimine cognoscendi facultatem habet, elogium examinat, quo Irenarchæ reos prosequi debent, cum interrogationibus rei & testium, *l.* 6. *h. t.* ut tamen hæc tantum præparatoria sint; Rei ex integro audiendi, & *inquisitio*, *ἀνάκρισις*, instituenda. *l.* 6. Qua gratia, prius quam examinati fuerint, nemo ad illos admittitur, ne consilio instruantur. Si contingat eos crimina fateri, sine ulteriore judicii ordine sententia fertur; Nam & hac parte valet regula, confessos omnino damnandos. *l.* 3. *de Confessis.* Si vero negent, quis ordo tum sit observandus, ubi per *inquisitionem* sine accusatore proceditur, non est in jure definitum, quod sciam. In Rescripto divi Pii, quod extat in *d. l.* 6. *h. t.* habetur, Præsidem debere venire jubere *τὸν Irenarchen, ut is quod scripserit exequatur*; sed hoc fit in eum finem, ut siquidem Irenarchæ fideliter & diligenter fecerint, collaudentur, si parum prudenter, adnotetur simpliciter, *Irenarchen minus retulisse*; Si quid maligne fecerit, *vindicatur in exemplum. d. l.* 6. Sed Irenarchen, aut Fisci procuratorem, accusatoris partibus fungi, & solito judiciorum ordine procedi ab illis, non invenio in Jure nostro.

4. Vir tamen juris prudentissimus Antonius Matthæus *ad h. tit. cap.* 1. *n.* 3. scribit de processu Inquisitionis hoc modo; *Sane* quæ ad substantiam judiciorum pertinent, ea non minus in inquisitione atque accusatione observanda sunt, cujusmodi est litis contestatio, quæ narratione actoris & contradictione Rei constat, replicatio, duplicatio &c. Probationes, legitimæ Dilationes, Renunciationes, Conclusiones, Sententia. Nec absurdum videri debet, nos litis contestationem exigere; non enim tam judex, quam Procurator litem cum reo contestatur. Hactenus D. Matthæus, tanquam ex sententia juris Romani. In quibus ego quidem nihil quam textus auctoritatem desidero; Nam quos ipse præmittit, ex quibus ea dicta colligit, nihil ejusmodi loquuntur. Hoc scio, nihil in illis verbis, nisi quod dignum est jurisprudentia Romana contineri, & quod in nostro Foro, juris Civilis convenientia inprimis gaudente, non exacte serve tur. Quid enim æquius, quam reis criminum non præcidi disceptationem, qualis pecuniæ reis nunquam denegatur? sed quando Procurator Fisci adversus inficiantem reum quidquid potuit produxit, si res ad tormenta venire debeat, hac gratia fit interlocutio, qua de re *ad tit. de Quæstion.* & tunc res iterum a via Judicii ordinaria, ad inquisitionem officii deducitur, donec in sententiam desinat. Quando igitur Accusator e populo nullus est, tum res incipit ab *inquisitione*, & in casu confessionis, eodem modo terminatur. Cum inficiante proceditur ordinaria juris via; donec res ad tormenta pervenerit, quo casu rursus ad meram inquisitionem delabimur. Hæc fit juris civilis sententia, ut est sine dubio, expressa imago nostræ praxeos criminalis, & quidem unicæ: Nam accusatores e populo, etsi nulla lege prohibeantur, in tritura fori tamen penitus ignorantur. In hos etiam consentimus Romanis, quod solus Præses provinciæ, id est suprema Curia, merum imperium & criminum cognitionem exercet, hoc uno discrimine, quod jam notavimus, Irenarcharum officium, quod olim fuit, a Judicibus inferioribus eorumque ministris exerceri, ut nostris Statutis *lib.* 2. *tit.* 3. *seqq.* cautum est.

5. Res igitur huc redit, ut jure civili moribusque nostris, distinguendum sit inter Accusationem, quæ fit reo in vinculis, aut extra vincula constituto: Quando est in vinculis, initium fit ab inquisitione, ut si confiteatur, aut appareat innocens, statim procedatur ad condemnationem, vel ad absolutionem. Contra negantem, non audiuntur aut exhibentur testes, vel tormenta decernuntur, sed fit litis contestatio inter Procuratorem Fisci & Reum, solitaque judicii forma servatur, quæ adversus reum carceri non inclusum unice ac inde ab initio exercetur. Sed moribus aliarum gentium *Processus inquisitorius* vocatur, quando adversus reum summarie proceditur, examinatione secundum articulos facti instituta, testibus etiam reo coram auditis, denique tormentis, si res ferat, applicitis, usque dum sententia feratur: eique opponitur Processus ordinarius, in quo per Fisci procuratorem, aut alicubi per privatos accusatores, fit postulatio, Rei contradictio, replicatio, duplicatio, probatio, reprobatio, & cætera judicii consueta. Nec raro fit, ut postquam Reus diu per inquisitionem excussus & male habitus est, adhuc in ordinario processu recipiatur, quod a jure

jure civili, dixerim & ratione, nihil est alienius. Agit hac de re prolixe Carpzovius *pract. Crim. Qu.* 107.

6. (c) Porro quod ad carcerem attinet, notandum est, eos, qui disparis sunt sexus, simul includendos non esse. *l.* 3. *C. hic*.

(d) Officium ejus qui carceri præponitur, est, in commentarium referre eos, qui in carcerem conjiciuntur, (unde Commentariensis dictus) & judici singulis mensibus eos ingerere. *l. ult. C. hic.*

(e) Præpositus carceris & alii custodes, sive milites sint, sive pagani, ob custodiam amissam, (id est personas custoditas. *l.* 8. *l.* 10. *l.* 12 *& l. ult. hic.*) pro modo culpæ puniuntur, *d. l.* 8. *d. l.* 12. *& l. ult. hic.* & ex constitutionibus eadem pœna, (quod ob culpam sane durum, neque servatur) qua is qui aufugit puniri debeat, afficiuntur. *l.* 4. *C. hic.*

(f) Qui non reos, sed jam convictos damnatosque emittunt, & vindictæ publicæ subfurantur, merito, cum majestatis rei sint, gravius puniuntur. *l.* 3. *& l.* 4. *ad L. Jul. Majest.*

(g) Magistratus inferiores etiam mulctantur, si temere & sine causa custodias dimittant. *l.* 10. *hic.* Si injuste quem custodiæ tradant, * aut cognita innocentia captivum diutius detineant, ad interesse & injuriarum nomine tenentur, *arg. l.* 32. *de Injur.* idque apud nos, ubi Magistratus hac parte Curiæ Supremæ subjecti sunt, frequenter usu venit.

TIT. IV.

Ad Legem juliam Majestatis.

I. Remissio, & summæ rerum. II. Querelæ de pravo regimine civitatis, an ad hoc caput pertineant. III. De crimine Majestatis analogice dicto. IV. Quatenus sola scientia puniatur. V. Pœna perduellionis. VI. Majestatis in specie. VII. Quæstiones quædam ad l. Quisquis. C. h. t. *VIII. Moribus numquid secus.*

HOc crimen & ejus pœnam, cum Majestatis in specie, tum Perduellionis, quorum hoc est primi, illud secundi capitis Legis Juliæ, *l.* 2. *in fin. h.* apud *Inst. tit. de Publ. judiciis n.* 3. *&* 4. declaravimus: quorum hæc est summa, nonnullis adjectis. (a) Majestas proprie est amplitudo & dignitas, a magnitudine sic dicta, unde Magistratibus, ut Consuli, a Cicerone *orat. in Pis.* & Prætori *in l. pen. de Just. & jur.* tribuitur. Per excellentiam vero de summis potestatibus ea vox potissimum usurpatur, adeoque jam obtinuit, ut pro ipsa potestate summa promiscue accipiatur.

Igitur hujus criminis tenetur, qui dolo malo læsit summam potestatem cui subjectus est; nam qui non est subditus, hostis dumtaxat fit, *l.* 1. §. 1. *h.* Enim vero non interesse quæ sit forma Reipub., notissima Politices fundamenta docent.

Potest dici, crimen hoc esse proprium, vel improprium. Illud, quod committitur contra summum Principem; & modo generis nomen retinet, modo in specie Perduellio dicitur. §. 3. *Instit. de publ. jud. l. ult. h. t.*

Perduellio, inquam, est, cum quis hostili animo contra salutem Principis, vel Reipublicæ, aliquid molitur. *d. l. ult.* Dixi *ad tit. Inst. ult. n.* 4.

Majestatis in specie crimen variis modis fit; uti statuas & imagines Principis violando, *l.* 6. *& l.* 7. §. *ult. h. t.* vectigalia nova absque ejus authoritate imponendo, *l.* 10. *de Public. & Vect.* monetam adulterinam cudendo. *l.* 2. *C. de fals. monet.* Si quis confessum in judicio reum, ac propter hoc in vincula conjectum, emiserit. *l.* 4. *D. h. tit.* Si quis sciens falsum scripserit vel recitaverit tabulis publicis. *l.* 2. *D. h. tit.* Si quis privatum carcerem habuerit. *l.* 1. *C. de priv. carcer.* Si Magistratus provincialis, accepto successore, ante quinquagesimum diem non excesserit provincia. *l. un. C. Ut omn. jud. tam civ. quam milit.*

2. Quæsitum est, an Querela de prava civita-

(c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5. (f) *Pos.* 6. (g) *Pos.* 7. (a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. *&* 5.

* Jure nostro injuste incarceratis, pro singulis diebus & noctibus multam 30. solidorum, sive 40 grossorum, petere possunt. *Land-R. l.* 2. *art.* 34. Carpz. *Pr. Cr. qu.* 3. *n.* 71. *sq.* Id. *l.* 6. *Resp.* 91. ad quam solvendam pars quoque, quæ injuste incarcerationem petit, obstringitur. Carpz *d. R. n.* 15. Coler. *dec.* 154. atque ita resp. *Fac. Jur. Lips. Mens. Mart. A.* 1703. Actio autem, qua hæc multa petitur, cum ex moribus descendat, non annalis est, sed perpetua, compronunc. *Supr. Cur. prov. Lips. An.* 1704. *Term. Cruc.* conf. Rauchb. *P.* 1. *qu.* 38. *n.* 27.

vitatis administratione, referri possit ad crimen læsæ Majestatis, saltem in specie dictæ; quod ita visum Ordinibus Frisiæ, cum hinc ante decennium nonnulli cives querelam ejusmodi ad Ordines Generales detulissent, Edicto *d.* 14. *Februar.* 1678. a Curia tamen Suprema, postulante Procuratore generali, re judicata non est firmatum. Querela quidem in genere, petitioque reformationis non potest huc referri, sed est jus civium supplicare in eum finem: ut recte judicatum in Anglia nuper, cum Reges novissimi petitiones sibi oblatas, hujus pœne criminis nota infignitas velle visi fuissent. In nostra Republica ejusmodi petitiones vocantur *Doleantien.*, *Querelæ dolentium* Reipubl. causa, cujusmodi plures olim fuere, quarum una insignis, principe Philippo Austriaco II. anno 1554. de qua plures egregiæ Constitutiones emanarunt, quarum specimina videre licet in *lib.* 3. *Statut. tit.2.art.* 4. 14. 15.19. 22. 25. 52. 56. *Tit.* 3. *& alibi.* Dicendum tamen est, fieri posse, ut ejusmodi Querelæ ab hoc crimine non sint alienæ. Primo, si fiant ad exteras Potestates; quia eum jus Supremæ provocationis sit jus Majestatis, si quis ad exteros querelas & petitiones reformatorias deferat, jus Majestatis, cui ipse subjectus est, manifesto lædit: etsi forsitan ad amicos & fœderatos fiat, quomodo in prædicto casu majestatis rei declarati sunt, qui preces suas ad Ordines Generales Belgicarum Provinciarum detulerant, etsi de talibus negotiis, quorum primo constituendorum Ordines Generales arbitri, atque, ut ajunt, mediatores fuerant. Quanto fœderis arctitudo magis ad speciem unitatis imperii accedit, tanto metus & periculum, ne sub prætextu fœderis amicitiæque pars aliqua imperii invadatur, propius existimatur. Præterea, si prætextu Querelæ seditio & res novæ a factiosis hominibus quærantur, quod sæpius usu venire docet experientia, non est dubium, quin hæ res non modo ad Majestatis in specie dictum crimen, sed etiam ad perduellionem attinere possit. Egimus hac de re latius in *Jurispr. Hod. part.* 2. *lib.* 3. *c.* 16.

3. (b) Addendum & hoc ad hujus criminis differentiam, quod sit perduellionis vel majestatis tam proprie quam analogice dictæ, ut *superius* indicatum est. Majestatem analogice dictam intelligimus eorum, qui Superiorem quidem agnoscunt, sed regalia & conformatam per se habent Rempublicam, at subordinatam, cujusmodi creduntur esse Principes & Liberæ civitates Germaniæ, quibus *Superioritas*, non Majestas adscribitur. Quanquam, si quod res est, loquendum sit, illa *superioritas* Principum Germaniæ, si ab effectis recte argumentamur, quod in civilibus infallibile, nihil est aliud quam *Summa* Potestas; hæc autem Majestas vocatur. At quia solus Imperator hac voce per excellentiam utitur, qui nec Regibus extra Imperium illud adscribit, Principes summam potestatem suam alio nomine circumdant, invidiæque subducunt. Sed nominibus sepositis, nihil erraverit, qui Legem Juliam, seu crimen *supra* definitum, quando aliquis læsit summam potestatem, cui subjectus est, etiam Germaniæ Principibus directe & proprie convenire dicat. Forte magis appositum Majestatis analogice dictæ exemplum est in Societatibus Indicis, quæ jura summæ potestatis in ditionibus sibi subjectis accipiunt ab Ordinibus Belgicarum Provinciarum: quæ sub alio sole exerceant. Heic, utpote domi, sunt privati, omnique jure privatorum utuntur; sed in ditionibus suis omnia jura Principatus exercent, dependenter ab Ordinibus, a quibus illorum acta possunt infirmari. Si quis hostilia contra eos in locis sui privilegii committat, an hic Majestatis teneatur; Belgicorum Jurisconsultorum sententiis, superioribus annis agitatum est, in causa Koeymanni cujusdam; qui adversus Societatem Indiæ Occidentalis, cui serviebat, hostilia machinatus erat in Africa cum duce barbarorum, cui nomen *Ian Claessen* a nostratibus erat inditum. Publicatæ sunt typis sententiæ, quarum aliæ Majestatis, respectu Ordinum, aliæ tantum atrocis injuriæ crimen admissum statuebant. Verius fuit, esse crimen hujus loci, analogice sumptum; eademque analogia puniendum, quod etiam secuti sunt Judices Amstelodamenses, homine condemnato in gravem mulctam & ad opus publicum longi temporis. Cæterum, adversus Magistratus, etsi non habeant summam potestatem, si tamen summam Reipubl. administrant, verum crimen Majestatis committitur, *l.* 1. §. 1. *h. t. l.* 5. *C. h.* ideo quia Princeps aut populus liber, per latus eorum impetitur, utique si publico respectu impetantur, idque Statutis nostris insertum. *l.* 3. *tit.*5.

4. (c) Cum autem lex Julia dolum malum re-

(b) *Pos.* 6. (c) *Pos.* 7.

requirat, *d. l.* 1. §. 1. *h. t.* non est rationis, ut sola scientia silentiumque pœna adjiciatur ordinaria, quod tamen Cæsares in *l. 5. & l. 6. C. h. t. de consciis* statuunt. Multi equidem conscios illic non simplicis scientiæ silentiique reos, sed homines perduellium consiliis immixtos illigatosque intelligunt: cum alioqui sola scientia in gravioribus delictis mitius extra ordinem puniatur. *l. 2. D. Ad L. Pomp. de Parricid.* juncta *l. 6. eod.* Sed Arcadius & Honorius in *d. l. 5.* tam rigide sanciunt, etiam contra liberos, & contra eos qui cogitaverint tantum, ut dubitari non possit, quin solam conscientiam ordinaria pœna coerceri voluerint, quem rigorem universæ fere praxis Europæ servat; exemplis ubique existentibus, ut tamen ad perduellionem dumtaxat illud, non ad Majestatis in specie commissa pertineat, quemadmodum nostra statuta, *si qui seditiones excitent contra Summam potestatem aut ejus Rectores, vita bonisque mulctabuntur. Eadem pœna locum habente, si quis eam rem cognoverit & conscius sit, neque detexerit & significarit. lib. 2. tit. 15.* Nec tamen ideo non sentiunt docti & indocti, rectius consulere Principes ordinesque Rerumpubl. si extra ordinem mitius in tales consulant, ut Richelio Cardinali nec ἐφημέριοι *viventes*, neque posteritas ignoverit, quod Franciscum *Thuanum*, quicum fœdus, quod Regis frater aliique proceres cum Hispano Rege fecerant, communicatum fuerat, etsi improbasset, quia tamen non detexerat, summo jusserit inclementer adfici supplicio. Res nota est, & plura id genus alia passim. *

5. (d) Pœna perduellionis, olim fuit aquæ & ignis interdictio, Paul. 5. *sent. c.* 29. dein capitis, *l. 3. h. t.* ut gladio feriantur, bonis omnibus fisco addictis, *l. 5. C. h. t.* quod Paulus honestioribus adscribit, humiliores ait bestiis objectos, aut vivos fuisse exustos; Filiis reorum, vitam Imperiali lenitate se concedere, testantur Honorius & Arcadius, etsi paterno perire deberent supplicio, ut ipsis videtur; sed excludunt eos ab omni successione, tam legitima quam testamentaria, infamia æterna notantur: ut ad nullos honores, ad nulla sacramenta perveniant; denique tales sint, ut *perpetua egestate sordentibus mors solatium, & vita supplicium sit. d. l. 5. §. 1. h.* Filiabus quarta bonorum maternorum dumtaxat relicta. §. 3. Emancipationibus, dotibus, donationibus a perduellibus factis non valentibus. §. 4. Impunitate promissa reis, si incognita adhuc consilia detexerint, præmio quoque addito, si quis in exordio initæ factionis id occupaverit. §. *ult.* Denique, si quis pro perduellibus aut eorum liberis deprecari tentaverit, is infamia notatur. §. 2. Hic rigor, quantum quidem ad liberos attinet, hodie merito non servatur, etsi post se relinquat quarundam gentium antiquarum, ut Macedonum & Persarum leges, quæ perduellium liberos eorumque cognatos omnes supplicio addixisse leguntur, quod & ipsis Romanis aliquando servatum, uti à Tiberio in Sejano apud Tacitum *lib.* 5. a Severo in Cleandro, idemque in Albino *apud Lamprid. & Capitolin.* Quin Ciceronis ea vox scribentis *ad Brutum*; id omnium civitatum esse commune, ut parentum scelera liberi luant, *quo liberorum charitas amiciores Reipubl. parentes reddat*, quod tamen ibi de publicatione bonorum, quæ parentum fuerunt, & quæ non est pœna liberorum, nisi per consequentiam, intelligit.

6. (e) Hæc scil. in perduellione: Majestatis in specie crimen, morte simpliciter adficitur, *l. ult. h. t.* & improprium arbitraria pœna, pro meritis circumstantiarum plectitur. Corvin. *h. t. in fin.* Quandoque relegatione, vel etiam pecunia, ut Ordines Frisiæ *dolentibus* contra & extra Remp. imposuerunt, in relato *superius* Edicto.

7. (f) Sed quod modo de liberis perduellium dictum est, quær. Nepotes an filiorum appellatione in hac L. contineantur; Videntur non contineri. Ratio est: in odiosis filiorum appellatione nepotes non comprehenduntur; eadem ratione nec ad adoptivos, nec ad naturales filios prædictam constitutionem pertinere dicimus. Illud non dubito, pertinere eam æque ad filios ante commissum crimen natos, atque eos, qui post commissum crimen nascuntur; etiamne ad emancipatos? Videtur; adde D. Wissenbach. *h. t.*

Cum liberi damnatorum priventur jure faciendi testamenti; quæri potest, utrum hæreditates eorum fisco vindicentur, an vero legitimis

(d) *Pos.* 9. & 8. (e) *Pos.* 10. (f) *Pos.* 11.

* In Belgio etiam, quod verecunde tacet Huberus, Groeneveldius, Johannis Oldenbarneveldii, sanctæ sed infelicis memoriæ senis filius, quod hostilem animum Fratris Stautenburgii, quo in Republicæ Belgicæ Principem Mauritium animatus fuerat, tacuisset, capite plexus est. De Jure puniendi silentium in hoc crimine, confer. IN. Gundlingium in *Singularibus ad L. Majestatis*, capite maxime IV.

mis hæredibus ab intestato deferantur? Benignius est, ut legitimis dicamus. A. Matth. *de crim. disp.* 3.

Sunt & alia in exercendis Majestatis judiciis singulari jure constituta: Ut quod famosi, qui jus accusandi non habent, & mulieres, & milites, qui alienas causas defendere non possunt, & servi quoque deferentes audiuntur, & quidem dominos suos, & liberti patronos. *l. 7. & l. 8. D. h. t.* Quod dignitas nulla in his quæstionibus a tormentis excipitur, *l. 5. C. h. tit.* eum alias digniores non facile torqueantur. *l. 8. & l. 16. C. de Quæst.*

8. Hæc a moribus hodiernis aliena non sunt nisi quod liberi pœna parentum, ut diximus, non involvuntur, nisi per consequentiam publicationis bonorum, & per ademptionem insignium privilegiorumque natalium, quibus & posteri æque privari intelliguntur, quo ita viribus ac honoribus illis subductis Reipubl. minus periculi ab illis immineat. Quo respectu Cicero legem Corneliam, de Proscriptorum liberis ab honoribus excludendis, defendit, etsi Plutarchus *in vita* Syllæ, iniquitatis eam partem legis accuset maxime. Quid igitur ad hæc; *Filii quoque cognatique omnes, etiam innoxii, supplicio tradebantur, ne quisquam aut ad imitandum facinus, aut ad mortem ulciscendam, ex tam nefaria domo superesset*, ut Justinus *lib* 21. quod ad superiora referendum. Plura Carpzovius *part. Crim.* 1. *Quæst.* 41.

TIT. V.

Ad Legem Juliam de Adulteriis coercendis.

I. Adulterium nonnisi in nupta committi. II. Remotis Carpzovii rationibus. III. Pœna adulterii jure civili. IV. Quid moribus. V. Lenocinii pœna. VI. An & in sponsam adulterium committatur. VII. Quid in muliere nupta meretrice. VIII. Polygami, an adulteri, & de Pœna illorum. IX. De Pœna incestus. X. De stupro remissive, & de scortatione. XI. De Lenonum pœna. XII. De Venere monstrosa. XIII. De Masturpatoribus. XIV. De Accusatione adulterii &c.

ADulterium jure civili *l. 6. §. 1. h.* & divino, *Levit.* 20. 10. *Deut.* 22. 22. in nuptas solummodo committi, recepta ab omnibus est sententia, a nobis probata *tit. Inst. de Pub. jud. n.* 5. quam novissime improbat Carpzovius *part.* 2. *pract. crim. Qu.* 52. *Quis ausit*, ait, *negare, maritum se cum innupta miscentem, fieri perfidum, injuriam conjugi inferre, ac unitatem dissolvere matrimonii?* Nemo id, opinor, negat, nec quidquam eorum quæ prolixe e sacris accumulat, ut probet virum æque fidem thorumque violare conjugalem, ineundo virginem, quam mulierem cœlibi succumbendo; cum uterque jus idem in corpus alterius, auctore Apostolo ad *Corinth.* 7. habeat. Sed Lex Romana totum fasti reatum, quem mulier nupta sustinet graviorem, considerat. Nam viro magna est, omnium gentium reputatione, contumelia uxorem habere adulteram; mulieri nulla, sed miseratio favorem magis conciliat. Viro periculum est a partus suppositione, qua non potest esse atrocior injuria, quod uxori nullum est. Hec cum præter fidei conjugalis violationem in congressu cum nupta concurrant, male denuo Carpzovius Adulterium definit per *violationem fidei thorique conjugalis. d. loco n.* 48. Quamvis hoc ei concedimus, Existimatione populorum hodierna, postquam Adulterium crimen ubique fere pecuniarium est factum, æque in mulctas incidere viros quam feminas, vulgoque adulterium sola violatione thori conjugalis intelligi. Quod si exemplo juris divini & Romani pœna capitalis reduceretur, non dubito, quin sententia juris utriusque hodieque prævaleret, aut prævalere deberet.

2. Quæ Carpzovius ex jure civili profert in contrarium, ex eo, quod diximus, facile refellas; Matrimonium, ait, est contractus reciprocus, Ergo viri & uxoris eadem ratio; Recte, si quidem violatione fidei conjugalis adulterium absolveretur, quod cum aliter se habeat, hæc ratio, & quæ ex *l.* 1. *C. h. t. l.* 7. & *l.* 23. *ibid.* in quibus violatio de adulterio prædicatur, adferuntur, evanescunt. Item ex *l.* 13. §. *Judex.* 5. *h. t.* ubi iniquum esse traditur, viros ab uxoribus exigere fidem, quam ipsi non præstent. Hæc enim similiaque virum æque

æque perfidum ac mulierem, non æque adulterum esse probant opponit *l.* 13. *pr. h. t.* ubi in concubina dicitur adulterium committi, quæ nupta non est. Resp. Concubinatus imitamen tum matrimonii & per leges nomen adsumpsit, si modo sit talis concubina, quæ matronæ non amiserit nomen. *d. l.* 13. *pr.* & *l.* 3. §. 1. *de Concubin.* Hæc nihil ad eludendos textus claros, qui adulterium nonnisi in matresam. committi tradunt, *d. l.* 6. §. 1. *l.* 13. §. 2. *l.* 34. §. 1. *h. l.* 101. *l.* 225. *in med. d. V. S.* quibus accedit *Lex* 1. *C. h. t.* ubi violatio matrimonii & adulterium apertis verbis distinguuntur. Eludit tamen illas Carpzovius distinctione simplicis & duplicis adulterii. Hoc committi respectu personæ facientis, illud etiam respectu patientis; Leges illas loqui de duplici adulterio respectu patientis; Respectu facientis adulterium intelligi, cum vir solutam corrumpit. Sed probandum erat, id quod simplex appellat, ratione solius facientis, per leges adulterii nomine censeri.

3. (a) De pœna Adulterii, quæ fuit olim ex lege Julia, & quæ est jure novo, quod satis est, diximus *ad Inst. n.* 6. nec plura post tot alios addere libet; nisi causam scire libeat, quam obrem Justinianus in *Nov.* 134. *c.* 10. mulieribus pœnam capitalem remiserit, ejus loco substitutis virgis & claustro monasterii, virosque omnino adhucdum gladio puniri voluerit, contra rationem juris antiqui, quod mulieres ut dictum, gravius delinquere statuit. Quin mulier spem redeundi ad virum matrimoniique redintegrandi habet, si maritus amoris adversus eam memor, emolliatur; potest enim cis biennium eam repetere, quo non facto, neglecta vel morte viri destituta, perpetuam monasterii habet mansionem. *d. Nov.* 134. *c.* 10. Hanc distinctionem in Germania hodieque servari, testatur Carpzovius *d. Qu.* 53. *n.* 27. *ex Constitutione Crim. Caroli V. art.* 120. rebusque judicatis idem illustrat, virum & mulierem adulterii convictos, illum quidem gladio feriri, hanc virgis cædi & monasterii loco in perpetuum relegari, nisi conjuges illis ignoverint, quo casu matrimonium redintegratur, ad exemplum *d. Nov.* 134. *c.* 10. ut tamen Germani utrosque tum solum vertere jubeant. Carpz. *d. Qu.* 53. *n.* 33. Idem de ratione probabili hujus differentiæ laborat, admodum frustra *n.* 11. & *seq.* Nec potest, opinor, alia reddi, quam quod Vir satis in una τῶν παιδοποιῶν ἀδονῶν, ut Jocasta loquitur *in Phœniss.* *Eurip.* explere possit: Mulier facile plures exerceat, nec unius consuetudine tentationes carnis, pro sexus infirmitate, scilicet, evitare posse videatur. Quæ ratio tamen Augustæ (scenicæ olim) Theodoræ, quam satis constat minime in hoc genere fuisse morosam, quam Justiniano Cæsari adscribenda videtur, illa sane, quam hæc, erat dignior.

4. Alibi, ut in Saxonia, merito sublatum est hoc discrimen, ut mulier æque capite puniatur ac vir, si duplex sit adulterium: In simplici distinguitur, Cælebs rem habens cum nupta, gladio feritur, etiam mulier, nisi vir ei ignoverit, eamque retinere velit: quo casu cum illa in exilium proficisci debet, adultero nihilominus capite puniendo: Maritus vero cum sola virgine viduave scortove se miscens, etiam capite punitur, sed mulier soluta non nisi virgis tum cæditur, ut Carpzovius prolixe *Qu.* 54. Quæ an per omnia rationi conveniant, non disputamus. Præferenda sane meritissime plerisque Europæ moribus, pecunia vel levi admodum pœna tantum flagitium transmittentibus. Non iterabimus querelas de indulgentia horum temporum, alibi locorum passim obvias, & tantum non ubique ludibrio habitas. Ordines Frisiæ *anno* 1586. *d.* 13. *Martii* constituisse in adulteros; cælibes aut conjugatos, idque sine discrimine sexus, pœnam capitalem, notatum invenio in notis *MS*, *D. Saekma ad tit.* 11. *lib.* 2. *art.* 3. sed nunquam usu receptam esse, apparet ex eo, quod anno 1601. cum & Curia Suprema & Præsules Eccl. urgerent pœnam juris divini, nihil quam hæc sanctio elici potuit; *Quoniam multa adulterii lege Saxoniæ* (peculiari heic loci, cum Albertus & Georgius ex Saxonia Duces heic rerum potirentur; nam jus commune Saxonicum a pœna juris civilis non discrepat, *Const.* 19. *part.* 1.) *constituta, vilissima reperitur*, *gansch te pering*, posthac duplum *ejus summæ* pro adulterio solvetur, nempe 50. floreni *primo*; Iterum 75. Tertia vice centum, cum interdictione honorum. In hoc desiisse Reformationem, nec amplius impetrari potuisse, graviter dolent in *dd. not.* D. Saekma & Herbajus, nec eam sine scandalo atque horrore legi posse dicunt. Quanti certe querelæ & obtestationes habitæ fuerint, non poterat insignitius demonstrari. Deinde tamen anno 1619. mulcta rursus aucta est in duplum, ad ducentos florenos, identidem cum interdictione honorum tertia vice, vel si non solvendo sint,

(a) *Pos.* 1.

sint, virgis cædatur, idque ita servatur; An deprecatio & remissio conjugis innocentis, maritum vel uxorem a pœna corporali ob paupertatem eximere posset, non memini usu venisse quæri: Forte non immerito ad exemplum Germanorum, in honorem matrimonii fustigatio in aliud genus longioris carceris, aut relegationis converti posset. Late Carpzovius *Qu.* 55. Enimvero Sandii sententia, quod pœna Statutaria non tollat pœnam juris divini, non utimur, ut relata, & improbata est *ad tit. de Re Judic. n.* 21.

5. (b) Præter istam adulterii pœnam ex lege Julia, Lenocinii * ex eadem lege tenetur, qui adulterium aut stuprum suasit, *l.* 12.*h.t.* qui quæstum ex adulterio uxoris aut viri fecit, *l.* 2. §. 2. *l.* 8. *& l.* 29. *h.t.* qui infamandæ uxoris causa adulterum subjecit, ut deprehenderet. *l.*8. *& l.* 9. *eod.* Cujus ope & consilio, vel dolo malo, in adulterio deprehensi ut se redimerent, factum, *d.* 14. *pr. eod.* qui pro comperto adulterio vel stupro celando pecuniam accepit. *l.* 8. Lenocinii pœna olim eadem erat cum pœna adulterii, *l.* 8. *hic. l.* 2. *& l.* 9. *C. eod.* nempe relegatio aut deportatio, *l.* 37. *de Minor. l.* 29. *hic.* hodie est in mangonibus & lenonibus ultimum supplicium, *Nov.* 14. §. 1. in reliquis arbitraria, atque extraordinaria. *l.* 1. §. *qui puero.* 2. *de Ext. crim.* Wissenb. *hic n.* 16. Quod autem lex Julia viri quoque patientiam punit ut lenocinium, eo quod compertam adulterii conjugem, cui deberet irasci, retinuit, quando ignorantiam excusare non potest, aut adumbrare patientiam prætextu incredibilitatis, ut Ulpianus docet in *l.* 29. *pr. h. t. l.* 2. *C. h. t.* ea tamen severitas non excludit remissionem retentionemque pœnitentis uxoris & deprecantis, sed indulgentiam adversus perseverantem, ut monuimus ad *tit. de Divortiis n.* 14. *sub fin.* & patet ex *l.* 11. *C. h. t.*

6. In sponsam quoque alterius adulterium committi, volunt juris auctores in *l.* 13. §. 3. *h. l.* 7. *C. h. t.* quo facit, quo Hoseæ c. 4. V. 13. scriptum est, *sponsæ nostræ adulteræ erunt*: & qui sponsam corruperit, cum ea capite punitur jure divino, *Deut.* 22. V. 23. quod de Sponsis, quæ per verba præsentis temporis acceptatæ sunt, non habet difficultatem, de Sponsis futuris & proprie dictis, præduram videtur Covarruviæ in *lib.* 4. *Decretal. part.* 1. *c.* 1. *n.* 8. qui censet potius, injuriæ atrocis actionem sponsis futuri temporis esse dandam; non sine ratione, si verum est, adulterium in nuptam committi, ut probavimus: etsi prolixe contra disputet Carpz. *d. l. Qu.* 55. Tu respice sis ad ea, quæ in *tit. de Sponsal. n.* 5. *& seqq.* disputata sunt, ubi probavimus, apud Romanos etiam Sponsalia fuisse dicta, quæ purum de Nuptiis consensum inüssent; addito quod in *l.* 2. *Digress. cap.* 13. diximus. In sponsa de præsenti, est hæc ratio, quod consensus facit nuptias, *l.* 30. *de R. J.* & quod metus supponendi fœtus non absit, eo quod sponsi tales non raro ultra primam lineam ament: pœnam tamen capitalem in corruptores alienarum sponsarum, ubi in adulteros obtinet, non habere locum, docet ibidem Carpzov. *n.* 33. Pecuniaria pœna, quæ nostris aliarumque gentium Statutis adultero infligitur, quominus etiam respectu sponsarum valeat, non obstat ratio *arg. d. l.* 13. §. 3. *& l.* 7. *C. h. t.* Cujac. *lib.* 6. *obs. c.* 16. *in fin.* Quid si sponsus alibi rem habeat, cum soluta videlicet, an hic etiam adulter est adulteriique pœna adficiendus? Ita Carpzovius censet, eadem ratione qua sponsa *d. Quæst. n.* 45. certe enim æque violat hic, quam illa fidem conjugalem: Jure Civili secus esse constat, quia cum in nupta solummodo adulterium proprie dictum committatur, analogice dictum adulterium nonnisi in sponsa committi potest; nec aliter hodie existimari videtur, cum nec sponsus fœtum supponere queat, neque sponsæ tanta illius stupro alibi patrato injuria inferatur: ut adeo pro stupro tantum, sed graviore habendum videatur.

7. Si mulier nupta quidem, *sed vulgaris* & promiscuæ admissionis fuerit, tamen *adulterium committi*, docet Ulpianus in *l.* 13. §. 2. *h. t. Contra in eaque passim venalem formam exhibuit, ac prostitutam meretricio more vulgo se præbuit, adulterii crimen cessare, si stupro tibi cognita sit*, ajunt Diocletianus & Maximianus in *l.* 22. *C. h. t.* Ex omnibus conciliationibus, quas recenset Carpzov. *Qu.* 57. amplectimur eam, quæ distinguit inter mulierem nuptam quidem, sed viro deserto vagantem, aut in lupanari se prostituentem, & quæ adhuc viro

convo-

(b) *Pos.* 3. *&* 4.

* Si lenocinium exerceatur a marito vel parente, pœna gladii, si ab iisdem citra quæstum, fustigatione coercentur, P. 4. *Const. El.* 29. alii vero lenones carcere aut relegatione, &, si turpis lucri causa personas extraneas prostituerint, fustigatione puniuntur, *d. C. §. f.* sola autem spes lucri animadversioni ordinariæ locum non reliquit, Carpzov. *Pr. Cr.* Q. 71. n. 32. nisi quæstus revera sit perceptus.

συνοικεῖ, necdum eum deseruit, nec ab illo ob impudicitiam ejecta est: De priore loqui Ulpianum, de posteriore Cæsares. Carpzovius aliter, Adulterium indistincte fieri, *l.* 13. sed *crimen*, hoc est pœnam criminis, cessare. *l.* 22. Bene, si vox *criminis* eam pateretur interpretationem. Aliis ita videtur, in viro cessare crimen. *l.* 22. In muliere non cessare, *l.* 13. quod si quis malit sequi, in verbis textus nihil repugnat; nam *lex* 22. clare loquitur de viro, & *lex*. 13. de muliere; sic enim ait Ulpianus, *& in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quæ vulgaris fuerit.*

8. Polygamiam in viro non esse adulterium, probavimus ad *d. tit. Inst. n.* 5. *vers. Idem polygamiam.* Sed qui in adulterio nihil aliud quam violationem fidei conjugalis vident, duas uxores ducentem habent etiam pro adultero, Carpzov. *Qu.* 66. *n.* 2. contra notissimum juris Divini & Romani usum. Jure civili pœna bigamiæ perfectæ, est eadem quæ stupri, *l.* 18. *C. ad L. Jul. de adult.* imperfectæ est infamia. *l.* 1. *& l.* 13. §. 1. *& seqq. de His qui not. inf. l.* 2. *C. de Incest. nupt. & l.* 18. *C. h. t.* Verum tamen est, in muliere bis nubente adulterium in rei veritate committi, quoniam hæc est commixtio cum muliere alii nupta, quod esse diximus adulterium, quo facit *l.* 7. *C. de Repud.* ubi mulier, quæ absente militiæ causa viro per quadriennium, nupsit alii, capite non punienda dicitur; supponens ita, capitalem pœnam, quæ hodie est adulterii, nubentibus aliter infligi: sed cum via maritus aliam ducit virginem, aut viduam, hic non haberet rem cum nupta; proinde non est adulter, nec pro tali habetur a Moyse, aut a Justiniano. Contra qui adulterium vocant quamvis fidei conjugalis violationem, viros capite puniunt, mulieres virgis cædunt & relegant. Carpzov. *d. Qu. n.* 24. *& seqq.* Sapienter, ut puto, nostrates jus civile servant, *Lib.* 2. *tit.* 11. §. 1. sed quia perfecta polygamia est improbius stuprum, ei pœnam corporalem infligunt. *d.* §. 1. Sand. *lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 16.

9. Egimus etiam de Incestu ejusque pœna, *ad d. tit. Inst. n.* 7. Juris divini pœna capitalis est, in gradibus prohibitis *Levit.* 18. *&* 20. *Deuter.* 27. quod usu Fori servatur in linea recta & collaterali, ad secundum gradum. In ulterioribus non exceditur pœna juris communis, quæ est relegatio; ut si quis viduam fratris duxerit; talis ad quinquennium relegatus est *Sjoerd Jans van Collum*, *d.* 15. *Maji* 1635. Alius item, qui uxoris defunctæ sororis filiam duxerat, ad biennium; mulier juvencula ad annum. 20. *Sept.* 1636.

10. Actum quoque de Stupro *ad d. tit. n.* 6. *in med.* cui adde, quod Violentum Stuprum omnino capite punitur, *l.* 1. §. 2. *de Extr. crim.* quod *passim* ita servatur. Inter species stupri est *Scortatio* quæ dicitur, cum meretrice commissa; quam ut a Merendo dictam, latius tamen appellamus, quæcunque se prostituit neque pudori suo parcit. *l. palam.* 43. *de Rit. nupt.* Hæc turpitudo non magis punitur in Jure quam ebrietas, per *l.* 22. *& l.* 29. *C. ad L. Jul. de adult. & l.* 13. §. 2. *h. tit.* sed nec Jure divino aliter quam ebrietas * habetur; interminatione utrique mortis æternæ proposita, judiciali nulla. 1. *Corinth.* 6. ℣. 9. *& seq.* ad *Galat. cap.* 5. ℣. 19. Statuta nostra habent mulctam duarum librarum Flandricarum. *lib.* 3. *tit.* 10. *art.* 3. Meretrices ultra infamiam non puniuntur in jure; cum ne turpiter quidem facere judicentur, postquam prima turpitudine, quando apud ædiles quæstum profitebantur, erant defunctæ. *l.* 4. §. 3. *de Condict. ob turp. caus.* Moribus, includuntur ut plurimum ad opus publicum temporarium, alicubi & relegantur. Carpzov. *Qu.* 70. *n.* 17.

11. De lenonibus *supra* dictum est, nec satis convenit iste rigor cum facilitate juris adversus meretrices easque frequentantes Populi hodie mitius agunt; statuta nostra lenones relegant, sub pœna corporali si ante tempus redeant, aut si plus biennio turpi commercio operam dederint. Lenonibus comparantur impudicitiæ pararii, *Koppelaers* utriusque sexus, *d. tit.* 10. *art.* 1. late Carpzovius *Qu.* 71. Domos locare in usum lupanariorum, jure Civili quoque, ut ipsa meretricia vita, non punitur, etsi minime vero laudatur, utcumque scriptum sit in *l.* 27. §. 1. *de Hæred. pet.* in multorum honestorum virorum ædibus *lupanaria* exerceri, qua de re diximus in *part.* 2. Digress. *lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 4. Nostrates ejusmodi locatores, prima vice mulctant sex florenis; iterum, mercede domus annua, inter delatorem, *officiarium* & pauperes dividenda. *d. tit.* 10. *art.* 1. *&* 2. Gestus & contrectationes impudicæ, quando-

* Apud nos scortatio in meretrice palam se prostituente, relegatione perpetua vel temporali, *P.* 4. *C. El.* 28. quandoque etiam fustigatione punitur, stuprator autem carcere aut relegatione coercetur. *d. C.* add. Carpz. *Pr. Cr. qu.* 10. *n.* 21. *& n.* 41. ad dotandam autem, vel ducendam meretricem non tenetur. Carpz. *l. c. qu.* 60. *n.* 16.

doque etiam corporaliter puniri poſſunt in iis, qui frequenter id exercuerunt. Quidam *Antonius de Bii*, ſolitus noctu in plateis & ſub tectis, ut res ferret, virgines matronaſque contrectare, quinquennio relegatus eſt. *d.* 21. *Mart.* 1645.

12. in Venerem monſtroſam, ultore gladio Leges armantur, *l.* 31. *C. h. t.* Eſt autem monſtroſa Venus duplex, Aut enim cum homine committitur, aut cum beſtia. Quæ cum hominibus, eſt marium inter ſe vel feminarum. Prior ſpecies a *Sodomitis* appellata, poſterior Apoſtolo memoratur *ad Rom.* 1. ℣. 26. Prior illa, quam paganis veteribus uſitata fuerit, viris etiam graviſſimis, ut Socrati & Ciceroni, quam hodieque frequens orientalibus, ipſiſque Italis, omnibus conſtat. Pœna tamen eſt capitalis, *d. l.* 31. omneſque Tranſalpini illam hodieque ſervant, convenienter Juri Divino. *Levit.* 20. ℣. 33. Idem de feminis, ſi vir cum illa præpoſteram exerceat Venerem, etſi uxore propria, placet Carpzovio *Qu.* 76. *n.* 18. & 24. ubi exempla infanda. Idem ſi cum muliere mortua. *Conſt. Elect. Sax.* 25. *part.* 4. Carpz. *d. q. n.* 21. Venus autem viri & mulieris cum beſtia, capite punitur * Jure Divino, *Levit.* 18. 23. & *cap.* 20. 15. *Exod.* 22. ℣. 19. omniumque gentium legibus & moribus.

13. Monſtroſæ Veneri accenſetur *Maſtupratio*, ab A. Matthæo *ad h. tit. c.* 6. *n.* 8. Nos antea diximus, hoc crimen ob frequentiam nullis legibus puniri, & ſic aliquo modo non eſſe delictum, ſed inter ea ponendum, quæ tantum odio damnamus & ad vindicem Deum mittimus, ut alicubi Seneca. Neque enim, quod diximus illic, dictum volumus eo, quod minus id flagitioſum putemus, quam id eſſe volunt D. Matthæus aut Carpzovius, qui ad Sodomiticum genus improprie, refert maſtuprationem. *Qu.* 76. *n.* 10. Sed de pœna capitali aut corporali, vix eſt, ut eorum ſequi liceat ſententiam. Quippe Venus monſtroſa proprie non eſt; hæc enim requirit agentem & patientem. *l. Cum vir nubit.* 31. *C. h. t.* Iſta autem, quæ terminatur in cujuſque perſona, nec cum alio ſubjecto communicatur, nuſquam puniri legitur, aut jure civili, aut legibus hodiernis, ut fatetur Carpzovius *d. Qu. n.* 13. Quod autem de pœna filii Judæ, Onanis, memoratur *Geneſ.* 38. a ſimplici maſtrupatione plurimum diſcrepat. Ille juſſus erat a Deo prolem ex fratris vidua gignere; ſed iniens illam foras ejecit τὴν γονὴν: Hoc enim facinus admiſſum fuit in feminam, non in viro ſolo terminatum erat; factum fuit ad perdendam prolem, cui deſtinatum emiſſumque ſemen erat; continebat fœdiſſimam rei ſanctæ, matrimonii κατάχρησιν & deformationem: cujus Athenis reum ſe quoque fecit Piſiſtratus, ducta ſecundis nuptiis filia Megacis inimici ſui reconciliati, ex qua ſobolem tollere nolebat οὐ βουλόμενος οἱ γενέσθαι ἐκ τῆς νεογάμου γυναικὸς τέκνα, ut ſcribit Herodotus in *Clio.* Acceſſit in facto Onanis, contemptus divini imperii inſolentiſſimus, qui per ſe mortem merebatur. Inſtat D. Matthæus: *Cum ſicario, qui hominem vel unum occidit, moriendum ſit, quid in eos ſtatuendum, qui nefariis ſuis libidinibus tot homines occidunt, tantum ſeminis profundunt, quos ſi rerum natura pateretur, ſæpius mori æquum foret.* Nimis hoc argumentum a perditione ſeminis intenditur, ut adeo in maritos ſcilicet, qui uxores prægnantes ineunt, hac ratione capitis ſupplicium conveniret. Nuſquam niſi exercitum Veneris inter duos contra naturam, pro venere monſtroſa punitur: Alioqui & impudicæ cogitationes, eo provectæ ut ἔκχυσιν τῆς γονῆς eliciant, eodem modo puniendæ forent, & quis eſſet finis? Prudenter igitur Legiſlatores hoc mutum flagitii genus ſilentio traſmittunt, cui etiam coercendo nulla ſufficeret vindictæ vigilantia. Nec tamen hæc impunitas in infinitum patet: Puniendi extra ordinem, ſevereque, non tantum mariti, qui fraudandi matrimonii cauſa id agunt, ſed etiam cinædi, qui adoleſcentes talia docent, iiſque præeunt; etiam qui nimis impudenter & aliis coram, ſe polluere ſuſtinent, more Diogenis, qui in Foro medio τὰ τῆς Ἀφροδίτης εἴωθε ποιεῖν, ut Laertius *in ejus vita* narrat, qui vel hac cauſa merito Canis appellatus fuerit. Secretæ vero libidines, quæ cum aliis ſe non communicant, extra legis pœnam ſunt. Etſi non ſit dubium, quin maſtupratio, quamlibet ſecreta, peccatum ſit gravius quam ſimplex ſtuprum, quia ſine dubio eſt contra uſum naturæ, quo *amor quæritur nec videtur*, ait *d. l. cum vir nubit.* 31. *C. h. t.* pollutio corporis animique deformis; maxime ſi non obrepat indulgentibus ſibi in con-

* Et quidem apud nos pœna ignis obtinet, ubi beſtia ſimul concrematur, Carpz. *Pr. Cr. qu.* 76. *n.* 29. modo Sodomia fuerit conſummata, alias extraordinarie e. gr. fuſtigatione coercetur. Berger. *Elect. Jur. Crim. pag.* 143. Sodomiam vero cum homine commiſſam in Saxonia gladii ſupplicium manet, *Conſt. El. Nov.* 5. Carpzov. *l. c. n.* 21. licet *Ord. Crim.* etiam hoc caſu pœnam ignis dictitet art. 116.

concupiscentiis, sed opera detur, ut fiat, & in consuetudinem vertat. Hæc qui legent adolescentes, nefas cognitum abhorrere discant, & remedia, quæ in promptu sunt, adhibeant; post preces piasque meditationes, *ἀκορῆν τροφῆς*, *ἀοκνίαν πόνων*, *parsimoniam victus*, *adsiduitatem laboris*, maxime matutini.

14. (c) Sed paucula de accusatione adulterii subjicienda. Vir antequam accusare velit, (mulier plane virum accusare non potest, *l.* 1. *C. h. t.*) uxorem dimittere debet, *l.* 11. *C. h. t.* quod mutatum *Nov.* 117. *c.* 8. §. 2. quæ vetat uxorem hac causa dimitti, priusquam adulterii convicta fuerit. Eadem Novella tollit jus præcipuum viri quo intra dies 60. præferebatur aliis accusatoribus, nec inscribere in crimen tenebatur, quod jus mariti dabatur etiam patri, *l.* 21. §. 6. *h.* & *l.* 6. & *l.* 30. *vers. inprimis. C. h. t.* ut neutri tamen evidens calumnia remitteretur. *l.* 15. §. *ult. h. t.* Post dies sexaginta, dantur adhuc quatuor menses ad accusandum adulteram, jure communi; Quippe sex mensibus a divortio utilibus accusationi adulteræ præscribitur. Adultero accusando præscribitur quinquennium a die admissi criminis, *l.* 29. §. 5. & *seqq. l.* 31. *h. l.* 5. & *l.* 28. *C. eod.* idque in omnibus ad L. Juliam pertinentibus obtinet. *d. l.* 29. Wesenb. *h. n.* 18. Carpzov. *Qu.* 59. *n.* 8. Constantinus accusationes promiscuas in hoc crimine restrinxit ad quinque personas, maritum, patrem, fratrem, patruum & avunculum, *l.* 30. *C. h. t.* Moribus hodiernis, quominus præscriptione quinquennii adhuc utamur, nihil obstat. Carpzov. *d. Qu. n.* 26. Sed jus accusandi, ut in cæteris criminibus, est penes fiscalem procuratorem; Ideoque jus præcipuum Patris, mariti, vel quinque personarum, aut discrimen viri & feminæ, non potest habere locum. Groenew. *ad l.* 1. *C. h. t.*

TIT. VI.

Ad Legem Juliam de Vi Publica.

I. Vis quotuplex. II. A quibus committatur. III. Pœna vis publicæ. IV. De Raptu virginis.

(a) Tertium in hoc ordine crimen, est Vis, quæ & ipsa lege Julia vindicatur. Est autem vis duplex; alia publica, privata alia. Publica, (si Cujacio credimus) olim dicebatur, quam contra jus fasque inferebat persona publica, quæ cum imperio & potestate est. Privata, quam privatus. Paulus *lib.* 5. *sent.* 26. §. 3. Hodie vis publica est, quæ fit armis, Privata, quæ fit sine armis. §. 8. *Inst. de pub. jud. l.* 9 & *l. pen.* §. 1. *de vi publ.* Sed & vis publica est quælibet atrocior violentia, tam quæ fit armis, quam sine armis. *l. ult. h. t.*

2. (b) Ergo lege Julia de vi publica tenentur, qui arma, tela domi suæ, agrove in villa præter usum venationis vel itineris vel navigationis coegerunt. Qui turbæ seditionisve causa servos aut liberos homines in armis habuerit. Qui cum armis, hominibus armatis, incendium fecerit, villas expugnaverit, bona rapuerit, possessorem domo, agrove suo, aut nave dejecerit. Qui cum telo dolo malo in concione fuerit, aut ubi judicium publice exercetur. Qui magistratus Pop. Rom., vel civem Romanum contra provocationem necaverit, *l.* 1. 3. 5. 10. & 11. *D. h. tit.* Tenentur & qui sine armis vim fecerunt, si vis ab eis facta sit atrocior: cujusmodi sunt, qui convocatis hominibus incendium fecerint; quique ex incendio quid rapuerint. Qui feminam per vim stupraverit. Qui nuptam innuptamve mulierem rapuerit. Qui legatum, oratoremve, aut comites eorum pulsaverit, injuriam fecerit. Qui reum vinxit, impeditve, quominus Romæ intra certum tempus adsit. Qui nova vectigalia exercuit, & similia. *l.* 3. §. 3. 4. & 5. *l.* 7 *l.* 6. & *l.* 8. *l. ult. D. h. tit.*

3. (c) Pœna legis hujus est aquæ & ignis interdictio, in cujus locum successit deportatio. *d. l.* 10. §. 2. *D. h. tit.* §. 8. *Inst. de publ. jud.* Paul. *sent. lib.* 5. *tit.* 26. Exacerbatur in servos, & eos qui cædi causam dederunt; hi enim capite puniuntur, *l.* 8. & *l.* 6. *C. h. tit.* (sicut & incendiarii, qui plerumque vivi exuruntur, *l.* 28. §. *incendiarii.* 12. *D. de pœn.*) & tenentur etiam lege Cornelia de sicariis. *L.* 1. *pr. D. ad leg. Corn. de Sic.* Puniuntur etiam capite, qui in turba cum telo ædes alienas aut villas expugnaverint. *l. pen. h.* Qui non in turba id fecerint,

extra

(c) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3. & 4. (c) *Pos.* 5. & 6.

extra ordinem accusantur. *l.* 1. §. *ult. D. de effract. & expilat.* Quæritur, an & qui oppugnaverunt ædes alienas, non expugnaverunt, capite sint puniendi. Placet sententia Wesenbecii *in par. h.* non esse puniendos: etenim non conatus, sed consummatum crimen capitis pœna punitur; conatus extra ordinem & arbitrarie puniendus. Turba quidem in legibus decem hominibus finitur. *l.* 4. §. 3. *de Vi bon. rapt.* Non dubitatur tamen, quin si domus, villa, navis expugnata sit cum telo, & direpta, licet minus decem hominibus fuerint, pœna capitalis nihilominus infligi possit. quod moribus hodiernis ex iis, quæ de Effractoribus *antea* dicta sunt, nihil habet scrupuli. Sed neque turba in *d. l. pen.* tam ad numerum, quam ad turbationem pertinere videtur. Ita in Curia nostra damnatus est ad laqueum homo, pluribus quidem flagitiis opertus, sed ob hoc nominatim, quod noctu cum duobus aliis villam armati effregissent, homines pulsassent, vinxissent, minis, clamoribus horrendum intonuissent, quæque videbantur abstulissent, *ante ferias Pentecost.* 1680. Aliquot annis antea, duo fratres in nave servientes, Patronum vulneratum e nave dejecerant, confisque aculeatis in aqua conficere conati, se eum nave proripuerant. Major natu annorum 19. adolescens, capite punitus, frater 14. annorum, spectator supplicii virgis cæsus & relegatus est.

4. (d) Specialiter punitur raptus virginis viduæque honestæ, capitis pœna, seu stuprum sit junctum, sive non, in facinoris auctore & adjutoribus; Imo, etsi sponsam rapuerit sponsus; licet etiam non coacta sit mulier, adhuc pœna capitalis sancitur. *l. unic. C. de rapt. virg.* Sed hoc utrumque durum, & moribus aliter. Imo *L. Unic.* sic capienda videtur, ut violentia quidem abfuerit, malæ tamen artes adhibitæ sint.

SCHOLIUM.

Id est, ut & is puniatur capitaliter, qui feminam non coactam rapuit, sed volentem, modo ad hunc assensum virginis eliciendum malæ artes & pravæ persuasiones fuerint adhibitæ. Conf. *quoad posit. præsentem* Wissenb. ad h. t. th. 4. 5. 6. 7. *& omnino quoad mores nostros* Schilt. Ex. 49. §. 97. seqq.

Hinc Frisiæ Statutis *lib.* 2. *tit.* 12. nominatim cautum est, capitis supplicio puniendos, qui mulierem invitam violenterque rapiunt. Qui volentes virgines viduasque abducunt, tantum abest ut capite puniantur, uti vix unquam, pene dixerim nunquam, criminis accusentur; & quandoque tam frequenter fiat, ut parum absit, quin pro dexteritate amatoria nec ineleganti habeatur. Plane mulierem nuptam si quis abducat, etsi volentem, is extra ordinem, nec tamen ita quidem capitaliter, punitur, ut apud Sandium 5. IX. 10. (e) Raptores in ipso flagitio deprehensi, impune a parentibus, consanguineis, tutoribus, patronis, dominis virginis vel viduæ, occidi possunt. *d. l. un.* De stupro violento actum est *ad tit. præced.* quod huc etiam pertinere diximus, itaque heic addemus; conatum ejus extra ordinem puniendum, ut Sandius probat *d. tit* 8. *n.* 11. Carpz. *d. l. Quest.* 75. *n.* 56. *& seqq.* Statutis nostris cautum est, ut bona Stupratoris violenti, devolvantur etiam in liberos ex stupro natos, juxta liberos ejus legitimos, quod ut singulare, ita justissimum est. *lib.* 2. *tit.* 12.

TIT. VII.

Ad Legem Juliam de Vi privata.

(a) PRivata vis dicitur, quæ fit sine armis, aut quæ minus est atrox: exempla sunt in *l.* 2. 3. 5. *& 6. h.* Igitur Lege Julia de vi privata tenetur, qui ex naufragio quid dolo malo rapuerit; qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberaretur, pulsaretur, neque homo occisus sit: aut fecerit, quominus quis in jus produceretur; aut ut ex agro suo sine armis dejiceretur; quique ipse dejecerit, spoliaverit; qui quæstionem de alterius servo habuerit; qui debitori suo debitum per vim extorquere conatus fuerit, aut bona ejus sine Judicis auctoritate occupaverit. *l.* 1. 2. 3. *& tot. tit. D. ad Leg. Jul. de vi priv.* Ex his speciebus, quædam utroque legis capite vindicantur: ut si quis convocatis hominibus vim fecerit. *l.* 5. *& l.* 10. §. 1. *D. de vi publ. l.* 2. *D. de vi privat.* Et sane, posse quandoque ex eodem facto utriusque capitis crimen objici, ostendit. *l.* 32. *D. de Pœn.*

(b) Pœna hujus legis est, publicatio tertiæ bonorum cum infamia. *l.* 1. *pr. h.* Itaque damnatus

(d) *Pos.* 7. (e) *Pos.* 8. (a) *Pos.* 1. 2. & 3. (b) *Pos.* 4.

requirat, *d. l.* 1. §. 1. *h. t.* non est rationis, ut sola scientia silentiumque pœna adficiatur ordinaria, quod tamen Cæsares in *l.* 5. & *l.* 6. *C. h. t. de conſciis* statuunt. Multi equidem conscios illic non simplicis scientiæ silentiique reos, sed homines perduellium consiliis immixtos illigatosque intelligunt: cum alioqui sola scientia in gravioribus delictis mitius extra ordinem puniatur. *l.* 2. *D. Ad L. Pomp. de Parricid.* juncta *l.* 6. *cod.* Sed Arcadius & Honorius in *d. l.* 5. tam rigide sanciunt, etiam contra liberos, & contra eos qui cogitaverint tantum, ut dubitari non possit, quin solam conscientiam ordinaria pœna coerceri voluerint, quem rigorem universæ fere praxis Europæ servat; exemplis ubique existentibus, ut tamen ad perduellionem dumtaxat illud, non ad Majestatis in specie commissa pertineat, quemadmodum nostra statuta, *si qui seditiones excitent contra Summam potestatem aut ejus Rectores, vita bonisque mulctabuntur. Eadem pœna locum habente, si quis eam rem cognoverit & conſcius ſit, neque detexerit & ſignificarit. lib.* 2. *tit.* 15. Nec tamen ideo non sentiunt docti & indocti, rectius consulere Principes ordinesque Rerumpubl. si extra ordinem mitius in tales consulant, ut Richelio Cardinali nec ἐφημέριοι *viventes*, neque posteritas ignoverit, quod Franciscum *Thuanum*, quicum fœdus, quod Regis frater aliique proceres cum Hispano Rege fecerant, communicatum fuerat, etsi improbasset, quia tamen non detexerat, summo jusserit inclementer adfici supplicio. Res nota est, & plura id genus alia passim. *

5. (d) Pœna perduellionis, olim fuit aquæ & ignis interdictio, Paul. 5. *ſent. c.* 29. dein capitis, *l.* 3. *h. t.* ut gladio feriantur, bonis omnibus fisco addictis, *l.* 5. *C. h. t.* quod Paulus honestioribus adscribit, humiliores ait bestiis objectos, aut vivos fuisse exustos; Filiis reorum, vitant Imperiali lenitate se concedere, testantur Honorius & Arcadius, etsi paterno perire deberent supplicio, ut ipsis videtur; sed excludunt eos ab omni successione, tam legitima quam testamentaria, infamia æterna notantur: ut ad nullos honores, ad nulla sacramenta perveniant; denique tales sint, ut *perpetua egestate sordentibus mors solatium*, & *vita supplicium sit. d. l.* 5. §. 1. *h.* Filiabus quarta bonorum maternorum dumtaxat relicta. §. 3. Emancipationibus, dotibus, donationibus a perduellibus factis non valentibus. §. 4. Impunitate promissa reis, si incognita adhuc consilia detexerint, præmio quoque addito, si quis in exordio initæ factionis id occupaverit. §. *ult.* Denique, si quis pro perduellibus aut eorum liberis deprecari tentaverit, is infamia notatur. §. 2. Hic rigor, quantum quidem ad liberos attinet, hodie merito non servatur, etsi post se relinquat quarundam gentium antiquarum, ut Macedonum & Persarum leges, quæ perduellium liberos eorumque cognatos omnes supplicio addixisse leguntur, quod & ipsis Romanis aliquando servatum, uti à Tiberio in Sejano apud Tacitum *lib.* 5. a Severo in Cleandro, idemque in Albino *apud Lamprid. & Capitolin.* Quin Ciceronis ea vox scribentis *ad Brutum*; id omnium civitatum esse commune, ut parentum scelera liberi luant, *quo liberorum charitas amiciores Reipubl. parentes reddat*, quod tamen ibi de publicatione bonorum, quæ parentum fuerunt, & quæ non est pœna liberorum, nisi per consequentiam, intelligit.

6. (e) Hæc scil. in perduellione: Majestatis in specie crimen, morte simpliciter adficitur, *l. ult. h. t.* & improprium arbitraria pœna, pro meritis circumstantiarum plectitur. Corvin. *h. t. in fin.* Quandoque relegatione, vel etiam pecunia, ut Ordines Frisiæ *dolentibus* contra & extra Remp. imposuerunt, in relato *superius* Edicto.

7. (f) Sed quod modo de liberis perduellium dictum est, quær. Nepotes an filiorum appellatione in hac L. contineantur; Videntur non contineri. Ratio est; in odiosis filiorum appellatione nepotes non comprehenduntur; eadem ratione nec ad adoptivos, nec ad naturales filios prædictam constitutionem pertinere dicimus. Illud non dubito, pertinere eam æque ad filios ante commissum crimen natos, atque eos, qui post commissum crimen nascuntur; etiamne ad emancipatos? Videtur; adde D. Wissenbach. *h. t.*

Cum liberi damnatorum priventur jure faciendi testamenti; quæri potest, utrum hæreditates eorum fisco vindicentur, an vero legitimis

(d) *Poſ.* 9. & 8. (e) *Poſ.* 10. (f) *Poſ.* 11.

* In Belgio etiam, quod verecunde tacet Huberus, Groenefeldius, Johannis Oldenbarnevelții, sanctæ sed infelicis memoriæ senis filius, quod hostilem animum Fratris Stautenburgii, quo in Reipublicæ Belgicæ Principem Mauritium animatus fuerat, tacuisset, capite plexus est. De Jure puniendi silentium in hoc crimine, confer. IH. Gundlingium in *Singularibus ad L. Majeſtatis*, capite maxime IV.

mis hæredibus ab intestato deferantur? Benignius est, ut legitimis dicamus. A. Matth. *de crim. disp.* 3.

Sunt & alia in exercendis Majestatis judiciis singulari jure constituta: Ut quod famosi, qui jus accusandi non habent, & mulieres, & milites, qui alienas causas defendere non possunt, & servi quoque deferentes audiuntur, & quidem dominos suos, & liberti patronos. *l. 7. & l. 8. D. h. t.* Quod dignitas nulla in his quæstionibus a tormentis excipitur, *l. 5. C. h. tit.* cum alias digniores non facile torquentur. *l. 8. & l. 16. C. de Quæst.*

8. Hæc a moribus hodiernis aliena non sunt nisi quod liberi pœna parentum, ut diximus, non involvuntur, nisi per consequentiam publicationis bonorum, & per ademptionem insignium privilegiorumque natalium, quibus & posteri æque privari intelliguntur, quo ita viribus ac honoribus illis subductis Reipubl. minus periculi ab illis immineat. Quo respectu Cicero legem Corneliam, de Proscriptorum liberis ab honoribus excludendis, defendit, etsi Plutarchus *in vita* Syllæ, iniquitatis eam partem legis accuset maxime. Quid igitur ad hæc; *Filii quoque cognatique omnes, etiam innoxii, supplicio tradebantur, ne quisquam aut ad imitandum facinus, aut ad mortem ulciscendam, ex tam nefaria domo superesset*, ut Justinus *lib* 21. quod ad superiora referendum. Plura Carpzovius *part. Crim.* 1. *Quæst.* 41.

T I T. V.

Ad Legem Juliam de Adulteriis coercendis.

I. Adulterium nonnisi in nupta committi. II. Remotis Carpzovii rationibus. III. Pœna adulterii jure civili. IV. Quid moribus. V. Lenocinii pœna. VI. An & in sponsam adulterium committatur. VII. Quid in muliere nupta meretrice. VIII. Polygami, an adulteri, & de Pœna illorum. IX. De Pœna incestus. X. De stupro remissive, & de scortatione. XI. De Lenonum pœna. XII. De Venere monstrosa. XIII. De Masturpratoribus. XIV. De Accusatione adulterii &c.

ADulterium jure civili *l. 6. §. 1. h.* & divino, *Levit.* 20., 10. *Deut.* 22., 22. in nuptas solummodo committi, recepta ab omnibus est sententia, a nobis probata *tit. Inst. de Pub. jud. n.* 5. quam novissime improbat Carpzovius *part. 2. pract. crim. Qu.* 52. *Quis ausit*, ait, *negare, maritum se cum innupta miscentem, fieri perfidum, injuriam conjugi inferre, ac unitatem dissolvere matrimonii?* Nemo id, opinor, negat, nec quidquam eorum quæ prolixe e sacris accumulat, ut probet virum æque fidem thorumque violare conjugalem, ineundo virginem, quam mulierem cœlibi succumbendo; cum uterque jus idem in corpus alterius, auctore Apostolo ad *Corinth.* 7. habeat. Sed Lex Romana totum facti reatum, quem mulier nupta sustinet graviorem, considerat. Nam viro magna est, omnium gentium reputatione, contumelia uxorem habere adulteram; mulieri nulla, sed miseratio favorem magis conciliat. Viro periculum est a partus suppositione, qua non potest esse atrocior injuria, quod uxori nullum est. Hec cum præter fidei conjugalis violationem in congressu cum nupta concurrant, male denuo Carpzovius Adulterium definit per *violationem fidei thorique conjugalis. d. loco n.* 45. Quamvis hoc ei concedimus, Existimatione populorum hodierna, postquam Adulterium crimen ubique fere pecuniarium est factum, æque in mulctas incidere viros quam feminas, vulgoque adulterium sola violatione thori conjugalis intelligi. Quod si exemplo juris divini & Romani pœna capitalis reduceretur, non dubito, quin sententia juris utriusque hodieque prævaleret, aut prævalere deberet.

2. Quæ Carpzovius ex jure civili profert in contrarium, ex eo, quod diximus, facile refellas; Matrimonium, ait, est contractus reciprocus, Ergo viri & uxoris eadem ratio; Recte, si quidem violatione fidei conjugalis adulterium absolveretur, quod cum aliter se habeat, hæc ratio, & quæ ex *l. 1. C. h. t. l. 7. & l. 23. ibid.* in quibus violatio de adulterio prædicatur, adferuntur, evanescunt. Item ex *l. 13. §. Judex. 5. h. t.* ubi iniquum esse traditur, viros ab uxoribus exigere fidem, quam ipsi non præstent. Hæc enim similiaque virum æque

æque perfidum ac mulierem, non æque adulterum esse probant opponit *l.* 13.*pr. h. t.* ubi in concubina dicitur adulterium committi, quæ nupta non est. Resp. Concubinatus imitamentum matrimonii & per leges nomen adsumpsit, si modo sit talis concubina, quæ matronæ non amiserit nomen. *d. l.* 13. *pr.* & *l.* 3. §. 1. *de Concubin.* Hæc nihil ad eludendos textus claros, qui adulterium nonnisi in matresfam. committi tradunt, *d. l.* 6. §. 1. *l.* 13. §. 2. *l.* 34. §. 1. *h. t.* *l.* 101. *l.* 225. *in med. d. V. S.* quibus accedit *Lex* 1. *C. h. t.* ubi violatio matrimonii & adulterium apertis verbis distinguuntur. Eludit tamen illas Carpzovius distinctione simplicis & duplicis adulterii. Hoc committi respectu personæ facientis, illud etiam respectu patientis; Leges illas loqui de duplici adulterio respectu patientis; Respectu facientis adulterium intelligi, cum vir solutam corrumpit. Sed probandum erat, id quod simplex appellat, ratione solius facientis, per leges adulterii nomine censeri.

3. (a) De pœna Adulterii, quæ fuit olim ex lege Julia, & quæ est jure novo, quod satis est, diximus *ad Inst. n.* 6. nec plura post tot alios addere libet; nisi causam scire libeat, quamobrem Justinianus in *Nov.* 134. *c.* 10. mulieribus pœnam capitalem remiserit, ejus loco substitutis virgis & claustro monasterii, virosque omnino adhucdum gladio puniri voluerit, contra rationem juris antiqui, quod mulieres ut dictum, gravius delinquere statuit. Quin mulier spem redeundi ad virum matrimoniique redintegrandi habet, si maritus amoris adversus eam memor, emolliatur; potest enim cis biennium eam repetere, quo non facto, neglecta vel morte viri destituta, perpetuam monasterii habet mansionem. *d. Nov.* 134. *c.* 10. Hanc distinctionem in Germania hodieque servari, testatur Carpzovius *d. Qu.* 53. *n.* 27. *ex Constitutione Crim. Caroli V. art.* 120. rebusque judicatis idem illustrat, virum & mulierem adulterii convictos, illum quidem gladio feriri, hanc virgis cædi & monasterii loco in perpetuum relegari, nisi conjuges illis ignoverint, quo casu matrimonium redintegratur, ad exemplum *d. Nov.* 234. *c.* 10. ut tamen Germani utrosque tum solum vertere jubeant. Carpz. *d. Qu.* 53. *n.* 33. Idem de ratione probabili hujus differentiæ laborat, admodum frustra *n.* 11. & *seq.* Nec potest, opinor, alia reddi, quam quod Vir satis in una τὴν πολύκοινον ἀδονὴν, ut Jocasta loquitur *in. Phœniss. Eurip.* explere possit: Mulier facile plures exerceat, nec unius consuetudine tentationes carnis, pro sexus infirmitate, scilicet, evitare posse videatur. Quæ ratio tamen Augustæ (scenicæ olim) Theodoræ, quam satis constat minime in hoc genere fuisse morosam, quam Justiniano Cæsari adscribenda videtur, illa sane, quam hæc, erat dignior.

4. Alibi, ut in Saxonia, merito sublatum est hoc discrimen, ut mulier æque capite puniatur ac vir, si duplex sit adulterium: In simplici distinguitur, Cælebs rem habens cum nupta, gladio feritur, etiam mulier, nisi vir ei ignoverit, eamque retinere velit: quo casu cum illa in exilium proficisci debet, adultero nihilominus capite puniendo. Maritus vero cum sola virgine viduave scortove se miscens, etiam capite punitur, sed mulier soluta non nisi virgis tum cæditur, ut Carpzovius prolixe *Qu.* 54. Quæ an per omnia rationi conveniant, non disputamus. Præferenda sane meritissime plerisque Europæ moribus, pecunia vel levi admodum pœna tantum flagitium transmittentibus. Non iterabimus querelas de indulgentia horum temporum, alibi locorum passim obvias, & tantum non ubique ludibrio habitas. Ordines *Frisiæ anno* 1586. *d.* 13. *Martii* constituisse in adulteros; cælibes aut conjugatos, idque sine discrimine sexus, pœnam capitalem, notatum invenio in notis *MS. D. Saekma ad tit.* 11. *lib.* 2. *art.* 3. sed nunquam usu receptam esse, apparet ex eo, quod anno 1601. cum & Curia Suprema & Præsules Eccl. urgerent pœnam juris divini, nihil quam hæc sanctio elici potuit; *Quoniam mulcta adulterii lege Saxoniæ* (peculiari heic loci, cum Albertus & Georgius ex Saxonia Duces heic rerum potirentur; nam jus commune Saxonicum a pœna juris civilis non discrepat, *Const.* 19. *part.* 1.) *constituta, vilissima reperitur, gansch te gering*, posthac duplum *ejus summæ* pro adulterio solvetur, nempe 50. floreni *primo*; Iterum 75. Tertia vice centum, cum interdictione honorum. In hoc desiisse Reformationem, nec amplius impetrari potuisse, graviter dolent in *dd. not.* D. Saekma & Herbajus, nec eam sine scandalo atque horrore legi posse dicunt. Quanti certe querelæ & obtestationes habitæ fuerint, non poterat insignitius demonstrari. Deinde tamen anno 1619. mulcta rursus aucta est in duplum, ad ducentos florenos, identidem cum interdictione honorum tertia vice, vel si non solvendo sint,

(a) *Pos.* 1.

ſint, virgis cædantur, idque ita ſervatur; An deprecatio & remiſſio conjugis innocentis, maritum vel uxorem a pœna corporali ob paupertatem eximere poſſet, non memini uſu veniſſe quæri: Forte non immerito ad exemplum Germanorum, in honorem matrimonii fuſtigatio in aliud genus longioris carceris, aut relegationis converti poſſet. Late Carpzovius *Qu.* 55. Enimvero Sandii ſententia, quod pœna Statuaria non tollat pœnam juris divini, non utimur, ut relata, & improbata eſt *ad tit. de Re Judic. n.* 21.

5. (b) Præter iſtam adulterii pœnam ex lege Julia, Lenocinii * ex eadem lege tenetur, qui adulterium aut ſtuprum ſuaſit, *l.* 12.*h.t.* qui quæſtum ex adulterio uxoris aut viri fecit, *l.* 2. §. 2. *l.* 8. *& l.* 29. *h.t.* qui infamandæ uxoris cauſa adulterum ſubjecit, ut deprehenderet. *l.* 8. *& l.* 9. *eod.* Cujus ope & conſilio, vel dolo malo, in adulterio deprehenſi ut ſe redimerent, factum, *l.* 14. *pr. eod.* qui pro comperto adulterio vel ſtupro celando pecuniam accepit. *l.* 8. Lenocinii pœna olim eadem erat cum pœna adulterii, *l.* 8. *hic. l.* 2. *& l.* 9. *C. eod.* nempe relegatio aut deportatio, *l.* 37. *de Minor. l.* 29. *hic.* hodie eſt in mangonibus & lenonibus ultimum ſupplicium, *Nov.* 14. §. 1. in reliquis arbitraria, atque extraordinaria, *l.* 1. §. *qui puero.* 2. *de Ext. crim.* Wiſſenb. *hic n.* 16. Quod autem lex Julia viri quoque patientiam punit ut lenocinium, eo quod compertam adulterii conjugem, cui deberet iraſci, retinuit, quando ignorantiam excuſare non poteſt, aut adumbrare patientiam prætextu incredibilitatis, ut Ulpianus docet in *l.* 29. *pr. h. t. l.* 2. *C. h. t.* ea tamen ſeveritas non excludit remiſſionem retentionemque pœnitentis uxoris & deprecantis, ſed indulgentiam adverſus perſeverantem, ut monuimus ad *tit. de Divortiis n.* 14. *ſub fin.* & patet ex *l.* 11. *C. h. t.*

6. In ſponſam quoque alterius adulterium committi, volunt juris auctores in *l.* 13. §. 3. *h. l.* 7. *C. h. t.* quo facit, quo Hoſeæ c. 4. ℣. 13. ſcriptum eſt, *ſponſæ noſtræ adulteræ erunt*: & qui ſponſam corruperit, cum ea capite punitur jure divino, *Deut.* 22. ℣. 23. quod de Sponſis, quæ per verba præſentis temporis acceptatæ ſunt, non habet difficultatem, de Sponſis futuris & proprie dictis, præclarum videtur Covarruviæ in *lib.* 4. *Decretal. part.* 1. *c.* 1. *n.* 3. qui cenſet potius, injuriæ atrocis actionem ſponſis futuri temporis eſſe dandam; non ſine ratione, ſi verum eſt, adulterium in nuptam committi, ut probavimus: etſi prolixe contra diſputet Carpz. *d. l. Qu.* 55. Tu reſpice ſis ad ea, quæ in *tit. de Sponſal. n.* 5. *& ſeqq.* diſputata ſunt, ubi probavimus, apud Romanos etiam Sponſalia fuiſſe dicta, quæ purum de Nuptiis conſenſum iniiſſent; addito quod in *l.* 2. *Digreſſ. cap.* 18. diximus. In ſponſa de præſenti, eſt hæc ratio, quod conſenſus facit nuptias, *l.* 30. *de R. J.* & quod metus ſupponendi fœtus non abſit, eo quod ſponſi tales non raro ultra primam lineam ament: pœnam tamen capitalem in corruptores alienarum ſponſarum, ubi in adulteros obtinet, non habere locum, docet ibidem Carpzov. *n.* 33. Pecuniaria pœna, quæ noſtris aliarumque gentium Statutis adultero infligitur, quominus etiam reſpectu ſponſarum valeat, non obſtat ratio *arg. d. l.* 13. §. 3. *& l.* 7. *C. h. t.* Cujac. *lib.* 6. *obſ. c.* 16. *in fin.* Quid ſi ſponſus alibi rem habeat, cum ſoluta videlicet, an hic etiam adulter eſt adulteriique pœna afficiendus? Ita Carpzovius cenſet, eadem ratione qua ſponſa *d. Quæſt. n.* 43. certe enim æque violat hic, quam illa fidem conjugalem: Jure Civili ſecus eſſe conſtat, quia cum in nupta ſolummodo adulterium proprie dictum committatur, analogice dictum adulterium nonniſi in ſponſa committi poteſt; nec aliter hodie exiſtimari videtur, cum nec ſponſus fœtum ſupponere queat, neque ſponſæ tanta illius ſtupro alibi patrato injuria inferatur; ut adeo pro ſtupro tantum, ſed graviore habendum videatur.

7. Si mulier nupta quidem, *ſed vulgaris* & promiſcuæ admiſſionis fuerit, tamen *adulterium committi*, docet Ulpianus in *l.* 13. §. 2. *h. t. Contra in ea, quæ paſſim venalem formam exhibuit, ac proſtitutam meretricio more vulgo ſe præbuit, adulterii crimen ceſſare, ſi ſtupro tibi cognita ſit*, ajunt Diocletianus & Maximianus in *l.* 22. *C. h. t.* Ex omnibus conciliationibus, quas recenſet Carpzov. *Qu.* 57. amplectimur eam, quæ diſtinguit inter mulierem nuptam quidem, ſed viro deſerto vagantem, aut in lupanari ſe proſtituentem, & quæ adhuc viro

cuvol-

(b) *Poſ.* 3. & 4.

* Si lenocinium exerceatur a marito vel parente, pœna gladii, ſi ab iiſdem citra quæſtum, fuſtigatione coercentur, *P.* 4. *Conſt. El.* 29. alii vero lenones carcere aut relegatione, &, ſi turpis lucri cauſa perſonas extraneas proſtituerint, fuſtigatione puniuntur, *d. C.* §. *f.* ſola autem ſpes lucri animadverſioni ordinariæ locum non reliquit, Carpzov. *Pr. Cr. Qu.* 71. *n.* 32. niſi quæſtus revera ſit perceptus.

ευνοικεῖ, necdum eum deseruit, nec ab illo ob impudicitiam ejecta est: De priore loqui Ulpianum, de posteriore Cæsares. Carpzovius aliter, Adulterium indistincte fieri, *l.* 13. sed *crimen*, hoc est pœnam criminis, cessare. *l.* 22. Bene, si vox *criminis* eam pateretur interpretationem. Aliis ita videtur, in viro cessare crimen. *l.* 22. In muliere non cessare, *l.* 13. quod si quis malit sequi, in verbis textus nihil repugnat; nam *lex* 22. clare loquitur de viro, & *lex.* 13. de muliere; sic enim ait Ulpianus, *& in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quæ vulgaris fuerit.*

8. Polygamiam in viro non esse adulterium, probavimus ad *d. tit. Inst. n.* 5. *vers. Idem polygamiam.* Sed qui in adulterio nihil aliud quam violationem fidei conjugalis vident, duas uxores ducentem habent etiam pro adultero, Carpzov. *Qu.* 66. *n.* 2. contra notissimum juris Divini & Romani usum. Jure civili pœna bigamiæ perfectæ, est eadem quæ stupri, *l.* 18. *C. ad L. Jul. de adult.* imperfectæ est infamia. *l.* 1. *& l.* 13. §. 1. *& seqq. de His qui not. inf. l.* 2. *C. de Incest. nupt. & l.* 18. *C. h. t.* Verum tamen est, in muliere bis nubente adulterium in rei veritate committi, quoniam hæc est commixtio cum muliere alii nupta, quod esse diximus adulterium, quo facit *l.* 7. *C. de Repud.* ubi mulier, quæ absente militiæ causa viro per quadriennium, nupsit alii, capite non punienda dicitur; supponens ita, capitalem pœnam, quæ hodie est adulterii, nubentibus aliter infligi: sed cum via maritus aliam ducit virginem, aut viduam, hic non haberet rem cum nupta; proinde non est adulter, nec pro tali habetur a Moyse, aut a Justiniano. Contra qui adulterium vocant quamvis fidei conjugalis violationem, viros capite puniunt, mulieres virgis cædunt & relegant. Carpzov. *d. Qu. n.* 24. *& seqq.* Sapienter, ut puto, nostrates jus civile servant, *Lib.* 2. *tit.* 11. §. 1. sed quia perfecta polygamia est improbius stuprum, ei pœnam corporalem infligunt. *d.* §. 1. Sand. *lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 16.

9. Egimus etiam de Incestu ejusque pœna, *ad d. tit. Inst. n.* 7. Juris divini pœna capitalis est, in gradibus prohibitis *Levit.* 18. *&* 20. *Deuter.* 27. quod usu Fori servatur in linea recta & collaterali, ad secundum gradum. In ulterioribus non exceditur pœna juris communis, quæ est relegatio; ut si quis viduam fratris duxerit; talis ad quinquennium relegatus est *Sjoerd Jans van Collum*, *d.* 15. *Maji* 1635. Alius item, qui uxoris defunctæ sororis filiam duxerat, ad biennium; mulier juvencula ad annum. 20. *Sept.* 1636.

10. Actum quoque de Stupro *ad d. tit. n.* 6. *in med.* cui adde, quod Violentum Stuprum omnino capite punitur, *l.* 1. §. 2. *de Extr. crim.* quod *passim* ita servatur. Inter species stupri est *Scortatio* quæ dicitur, cum meretrice commissa; quam ut a Merendo dictam, latius tamen appellamus, quæcunque se prostituit neque pudori suo parcit. *l. palam.* 43. *de Rit. nupt.* Hæc turpitudo non magis punitur in Jure quam ebrietas, per *l.* 22. *& l.* 29. *C. ad L. Jul. de adult. & l.* 13. §. 2. *h. tit.* sed nec Jure divino aliter quam ebrietas * habetur; interminatione utrique mortis æternæ proposita, judiciali nulla. 1. *Corinth.* 6. ℣. 9. *& seq.* ad *Galat. cap.* 5. ℣. 19. Statuta nostra habent mulctam duarum librarum Flandricarum. *lib.* 3. *tit.* 10. *art.* 3. Meretrices ultra infamiam non puniuntur in jure; cum ne turpiter quidem facere judicentur, postquam prima turpitudine, quando apud ædiles quæstum profitebantur, erant defunctæ. *l.* 4. §. 3. *de Condict. ob turp. caus.* Moribus, includuntur ut plurimum ad opus publicum temporarium, alicubi & relegantur. Carpzov. *Qu.* 70. *n.* 17.

11. De lenonibus *supra* dictum est, nec satis convenit ille rigor cum facilitate juris adversus meretrices easque frequentantes Populi hodie mitius agunt; statuta nostra lenones relegant, sub pœna corporali si ante tempus redeant, aut si plus biennio turpi commercio operam dederint. Lenonibus comparantur impudicitiæ pararii, *Koppelaers* utriusque sexus; *d. tit.* 10. *art.* 1. late Carpzovius *Qu.* 71. Domos locare in usum lupanariorum, jure Civili quoque, ut ipsa meretricia vita, non punitur, etsi minime vero laudatur, utcumque scriptum sit in *l.* 27. §. 1. *de Hæred. pet.* in multorum honestorum virorum ædibus *lupanaria* exerceri, qua de re diximus in *part.* 2. Digress. *lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 4. Nostrates ejusmodi locatores prima vice mulctant sex florenis; iterum, mercede domus annua, inter delatorem, *officiarium* & pauperes dividenda. *d. tit.* 10. *art.* 1. *&* 2. Gestus & contrectationes impudicæ, quando-

* Apud nos scortatio in meretrice palam se prostituente, relegatione perpetua vel temporali, P. 4. C. El. 18. quandoque etiam fustigatione punitur, stuprator autem carcere aut relegatione coercetur. d. C. add. Carpz. Pr. Cr. qu. 70. n. 11. & n. 43. ad dotandam autem, vel ducendam meretricem non tenetur. Carpz. l. c. qu. 60. n. 96.

doque etiam corporaliter puniri possunt in iis, qui frequenter id exercuerunt. Quidam *Antonius de Bii*, solitus noctu in plateis & sub tectis, ut res ferret, virgines matronasque contrectare, quinquennio relegatus est. *d.* 21. *Mart.* 1645.

12. in Venerem monstrosam, ultore gladio Leges armantur, *l.*31. *C. h.t.* Est autem monstrosa Venus duplex, Aut enim cum homine committitur, aut cum bestia. Quæ cum hominibus, est marium inter se vel feminarum. Prior species a *Sodomitis* appellata, posterior Apostolo memoratur *ad Rom.* 1. ℣. 26. Prior illa, quam paganis veteribus usitata fuerit, viris etiam gravissimis, ut Socrati & Ciceroni, quam hodieque frequens orientalibus, ipsisque Italis, omnibus constat. Pœna tamen est capitalis, *d. l.* 31. omnesque Transalpini illam hodieque servant, convenienter Juri Divino. *Levit.* 20. ℣. 33. Idem de feminis, si vir cum illa præposteram exerceat Venerem, etsi uxore propria, placet Carpzovio *Qu.* 76. *n.* 18. *&* 24. ubi exempla infanda. Idem si cum muliere mortua. *Const. Elect. Sax.* 25. *part.* 4. Carpz. *d. q. n.* 21. Venus autem viri & mulieris cum bestia, capite punitur * Jure Divino, *Levit.* 18. 23. *&* *cap.* 20. 15. *Exod.* 22. ℣. 19. omniumque gentium legibus & moribus.

13. Monstrosæ Veneri accensetur *Mastupratio*, ab A. Matthæo *ad h. tit. c.6. n.*8. Nos antea diximus, hoc crimen ob frequentiam nullis legibus puniri, & sic aliquo modo non esse delictum, sed inter ea ponendum, quæ tantum odio damnamus & ad vindicem Deum mittimus, ut alicubi Seneca. Neque enim, quod diximus illic, dictum volumus eo, quod minus id flagitiosum putemus, quam id esse volunt D. Matthæus aut Carpzovius, qui ad Sodomiticum genus improprie, refert mastuprationem. *Qu.* 76. *n.* 10. Sed de pœna capitali aut corporali, vix est, ut eorum sequi liceat sententiam. Quippe Venus monstrosa proprie non est; hæc enim requirit agentem & patientem. *l. Cum vir nubit.* 31. *C. h.t.* Ista autem, quæ terminatur in cujusque persona, nec cum alio subjecto communicatur, nusquam puniri legitur, aut jure civili, aut legibus hodiernis, ut fatetur Carpzovius *d. Qu. n.* 13. Quod autem de pœna filii Judæ, Onanis, memoratur *Genes.* 38. a simplici mastrupatione plurimum discrepat. Ille jussus erat a Deo prolem ex fratris vidua gignere; sed iniens illam foras ejecit τὴν γονήν: Hoc enim facinus admissum fuit in feminam, non in viro solo terminatum erat; factum fuit ad perdendam prolem, cui destinatum emissumque semen erat; continebat fœdissimam rei sanctæ, matrimonii κατάχρησιν & deformationem: cujus Athenis reum se quoque fecit Pisistratus, ducta secundis nuptiis filia Megacis inimici sui reconciliati, ex qua sobolem tollere nolebat οὐ βουλόμενος οἱ γενέσθαι ἐκ τῆς νεογάμου γυναικὸς τέκνα, ut scribit Herodotus in *Clio.* Accessit in facto Onanis, contemptus divini imperii insolentissimus, qui per se mortem merebatur. Instat D. Matthæus: *Cum sicario, qui hominem vel unum occidit, moriendum sit, quid in eos statuendum, qui nefariis suis libidinibus tot homines occidunt, tantum seminis profundunt, quos si rerum natura pateretur, sæpius mori æquum foret.* Nimis hoc argumentum a perditione seminis intenditur, ut adeo in maritos scilicet, qui uxores prægnantes ineunt, hac ratione capitis supplicium conveniret. Nusquam nisi exercitum Veneris inter duos contra naturam, pro venere monstrosa punitur: Alioqui & impudicæ cogitationes, eo provectæ ut ἔκχυσιν τῆς γονῆς eliciant, eodem modo puniendæ forent, & quis esset finis? Prudenter igitur Legislatores hoc mutum flagitii genus silentio trasmittunt, cui etiam coercendo nulla sufficeret vindictæ vigilantia. Nec tamen hæc impunitas in infinitum patet: Puniendi extra ordinem, severeque, non tantum mariti, qui fraudandi matrimonii causa id agunt, sed etiam cinædi, qui adolescentes talia docent, iisque præeunt; etiam qui nimis impudenter & aliis coram, se polluere sustinent, more Diogenis, qui in Foro medio τὰ τῆς Ἀφροδίτης εἰώθε ποιεῖν, ut Laertius *in ejus vita* narrat, qui vel hac causa merito Canis appellatus fuerit. Secretæ vero libidines, quæ cum aliis se non communicant, extra legis pœnam sunt. Etsi non sit dubium, quin mastupratio, quamlibet secreta, peccatum sit gravius quam simplex stuprum, quia sine dubio est contra usum naturæ, quo *amor quæritur nec videtur*, ait *d. l. cum vir nubit.* 31. *C. h. t.* pollutio corporis animique deformis; maxime si non obrepat indulgentibus sibi in con-

* Et quidem apud nos pœna ignis obtinet, ubi bestia simul concrematur, Carpz. *Pr. Cr. qu.* 76. *n.* 29. modo Sodomia fuerit consummata, alias extraordinarie e. gr. fustigatione coercetur. Berger. *Elect. Jur. Crim. pag.* 143. Sodomiam vero cum homine commissam in Saxonia gladii supplicium manet, *Const. El. Nov.* 3. Carpzov. *l. c. n.* 21. licet *Ord. Crim.* etiam hoc casu pœnam ignis dictitet *art.* 116.

extra ordinem accusantur. *l.* 1. §. *ult. D. de effract. & expilat.* Quæritur, an & qui oppugnaverunt ædes alienas, non expugnaverunt, capite sint puniendi. Placet sententia Wesenbecii *in par. h.* non esse puniendos: etenim non conatus, sed consummatum crimen capitis pœna punitur; conatus extra ordinem & arbitrarie puniendus. Turba quidem in legibus decem hominibus finitur. *l.* 4. §. 3. *de Vi bon. rapt.* Non dubitatur tamen, quin si domus, villa, navis expugnata sit cum telo, & direpta, licet minus decem hominibus fuerint, pœna capitalis nihilominus infligi possit. quod moribus hodiernis ex iis, quæ de Effractoribus *antea* dicta sunt, nihil habet scrupuli. Sed neque turba in *d. l. pen.* tam ad numerum, quam ad turbationem pertinere videtur. Ita in Curia nostra damnatus est ad laqueum homo, pluribus quidem flagitiis opertus, sed ob hoc nominatim, quod noctu cum duobus aliis villam armati effregissent, homines pulsassent, vinxissent, minis, clamoribus horrendum intonuissent, quæque videbantur abstulissent, *ante ferias Pentecost.* 1680. Aliquot annis antea, duo fratres in nave fervientes, Patronum vulneratum e nave dejecerant, contisque aculeatis in aqua conficere conati, se cum nave proripuerant. Major natu annorum 19. adolescens, capite punitus, frater 14. annorum, spectator supplicii virgis cæsus & relegatus est.

4. (d) Specialiter punitur raptus virginis viduæque honestæ, capitis pœna, seu stuprum sit junctum, sive non, in facinoris auctore & adjutoribus; Imo, etsi sponsam rapuerit sponsus; licet etiam non coacta sit mulier, adhuc pœna capitalis sancitur. *l. unic. C. de rapt. virg.* Sed hoc utrumque durum, & moribus aliter. Imo *L. Unic.* sic capienda videtur, ut violentia quidem abfuerit, malæ tamen artes adhibitæ sint.

SCHOLIUM.

Id est, ut & is puniatur capitaliter, qui feminam non coactam rapuit, sed volentem, modo ad hunc assensum virginis eliciendum malæ artes & pravæ persuasiones fuerint adhibitæ. Conf. *quoad posit. præsentem* Wissenb. ad h. t. th. 4. 5. 6. 7. *& omnino quoad mores nostros* Schilt. Ex. 49. §. 97. seqq.

Hinc Frisiæ Statutis *lib.* 2. *tit.* 12. nominatim cautum est, capitis supplicio puniendos, qui mulierem invitam violenterque rapiunt. Qui volentes virgines vidualque abducunt, tantum abest ut capite puniantur, uti vix unquam, pene dixerim nunquam, criminis accusentur; & quandoque tam frequenter fiat, ut parum absit, quin pro dexteritate amatoria nec ineleganti habeatur. Plane mulierem nuptam si quis abducat, etsi volentem, is extra ordinem, nec tamen ita quidem capitaliter, punitur, ut apud Sandium 5. IX. 10. (e) Raptores in ipso flagitio deprehensi, impune a parentibus, consanguineis, tutoribus, patronis, dominis virginis vel viduæ, occidi possunt. *d. l. un.* De stupro violento actum est *ad tit. praeced.* quod huc etiam pertinere diximus, iisque heic addemus; conatum ejus extra ordinem puniendum, ut Sandius probat *d. tit* 8. *n.* 11. Carpz. *d. l. Quest.* 75. *n.* 56. *& seqq.* Statutis nostris cautum est, ut bona Stupratoris violenti, devolvantur etiam in liberos ex stupro natos, juxta liberos ejus legitimos, quod ut singulare, ita justissimum est. *lib.* 2. *tit.* 12.

TIT. VII.

Ad Legem Juliam de Vi privata.

(a) PRivata vis dicitur, quæ fit sine armis, aut quæ minus est atrox: exempla sunt in *l.* 2. 3. 5. *& 6. h.* Igitur Lege Julia de vi privata tenetur, qui ex naufragio quid dolo malo rapuerit; qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberaretur, pulsaretur, neque homo occisus sit: aut fecerit, quominus quis in jus produceretur; aut ut ex agro suo sine armis dejiceretur; quique ipse dejecerit, spoliaverit; qui quæstionem de alterius servo habuerit; qui debitori suo debitum per vim extorquere conatus fuerit, aut bona ejus sine Judicis auctoritate occupaverit. *l.* 1. 2. 3. *& tot. tit. D. ad Leg. Jul. de vi priv.* Ex his speciebus, quædam utroque legis capite vindicantur: ut si quis convocatis hominibus vim fecerit. *l.* 5. *& l.* 10. §. 1. *D. de vi publ. l.* 2. *D. de vi privat.* Et sane, posse quandoque ex eodem facto utriusque capitis crimen objici, ostendit. *l.* 32. *D. de Pœn.*

(b) Pœna hujus legis est, publicatio tertiæ bonorum cum infamia. *l.* 1. *pr. h.* Itaque damnatus

(d) *Pos.* 7. (e) *Pos.* 8. (a) *Pos.* 1. 2. & 3. (b) *Pos.* 4.

bationem hujus conjecturæ. Contrarium & quod lex Cornelia etiam in homicidas lata fit, videtur ex l. 1. pr. h. t. *deduci posse, adeoque erit omnino discrepantia inter mores nostros, qui mitius puniunt ambulantes cum telo, quam homicidas, & inter jus Romanum, de qua dixi ad Strauch.* XXIX. 7. p. 447. Conf. l. 1. §. 1. h. t.

(b) *Esto, quod ex hypothesi Auctoris discrimen illud non assequi potuerint initio latæ legis Corneliæ, potuissent tamen utique assequi istud discrimen successu temporis, & postquam pœna deportationis mutata erat in pœnam gladii,* l. 3. §. 5. h. *sed tamen nuspiam legitur, ambulantes cum telo etiam illis temporibus, mitius fuisse punitos quam homicidas veros.*

RESPONSIO.

Frustra petitur probatio ejus quod in mentem nobis non venit adfirmare, Legem Corneliam non esse latam in homicidas, sed tantum in ambulantes cum telo. Diximus solummodo: causam, quod Cornelius ambulantes cum telo pœnæ subjecerit ordinariæ, videri & hanc fuisse, quod pœna tunc non esset mortis naturalis. Etsi fatemur, postquam semel eodem loco habiti sunt ambulantes cum telo & homicidæ, non esse animadversum illud discrimen, etiam post exasperatam pœnam.

N. ADDIT.

Nihil habeo, quod de novo addam, nisi, quod ulteriorem dispectionem mereatur, an verum sit quod Auctor de temporibus Syllanis dicit, quod tum nondum recepta esset pœna mortis naturalis. Sane notabilis est locus Appiani lib. 1. de bell. civil. *interpr. Sigism. Gelenio.* Sylla primus capitalis præscriptionis inventor est habitus: qui & præmia percussoribus proscriptorum, latentiumque indicibus proposuit, & pœnam abditos celantibus interminatus est. Nec multo post, alios idem Senatores in proscriptorum album retulit. Ex his quidam nec opinantes oppressi passim per domos, per templa, per porticus: alii sublimes correpti, & ad pedes Syllæ projecti: alii raptati conculcatique, nemine ad tam dira spectacula vel mussare audente; alii pellebantur ex urbe rursus alii bonis suis spoliabantur, profugos inquisitores persequebantur, nusquam non discurrentes & excutientes omnia, trucidantes quotquot ex iis adipisci poterant &c. *Conf. Freinshemii* Supplem. Liv. lib. 53. cap. 16. seqq. usque ad cap. 28. *Sed cum facile prævideam, quæ ad ista forte, pro Auctore responderi possint, Lectoris judicio totum relinquo negotium.*

2. (b) Potest tamen & hoc pro Lege Cornelia dici; cum illa rogaretur, Italiam bellis civilibus vix defunctam, fuisse plenam hominibus sceleratis, qui sicis clam armati in concionibus medioque foro destinatos ad cædem interficerent, ut Plutarchus in *vita Syllæ* refert & passim occurrit. Tam infesto tempore qui cum hoc instituto sicas gestantes deprehensi erant, non immerito capitali supplicio subdi poterant, nec etiamnum in simili occasione non possent, quo pertinet, quod de *Assasinis*, id est, conductis latronibus, & eorum conatibus etiam in conducente capite puniendis probat A. Matth. *ad h. tit. c.* 1. *n.* 3. Nec enim quod imperfecta scelera non nisi extra ordinem mitius puniri dicuntur, tunc etiam obtinet, quando conatus admodum improbus & in Republ. exempli est perniciosi, aut quando proxime a decretorio eventu abest. Ita non est dubitatum in Curia nostra, quin capite puniendus esset, qui noctu in domum irrumpens, puellam, quæ sola ibi relicta erat, viginti vulneribus percusserat & culcitra tectam pro mortua reliquerat; etsi illic vis etiam publica concurrebat; *mense Octobr. anno* 1644.

3. Regulariter enim ita servatur, ut Conatus homicidii minus capitali pœna plectatur, etsi proxime ad effectum pervenerit, si non aliud delictum aut singularis improbitas & exitialis exempli ratio concurrat, ut novissime probat Carpzov. *part.* 1. *Crim. Qu.* 17. *n.* 13. & 14. *Qu.* 21. *n.* 41. *part.* 2. *Qu.* 61. *n.* 4. & *Qu.* 71. *n.* 48. Qui tamen alias exceptiones non admittit, quam has duas. 1. Si lex ita specialiter statuat, & 2. Si judex ita arbitretur, quod aliquando eum facere posse tradit, etsi tutius non fecerit. Quas exceptiones ita concedimus, ut tamen a Lege vix alias id fiat, aut a judice fieri possit, quam ob rationem a nobis adsignatam: Cujus tamen discretionem a judicis arbitrio pendere statuendum est. Exemplum apponam; Lictor Prætoris, cuidam Judæo res quasdam eripuerat, qui cum apud Prætorem de hac injuria questus esset, is Executorem judicii, qui lictoribus imperat, ad istum lictorem una cum Judæo & cum imperio, ut huic adempta restitueret, miserat. Lictor Judæum prius, spreto executore, plagis

(b) *Pos.* 2.

gis operuerat. Deinde executorem stricto ferro invaserat, invocatoque diabolo, se hominem transfixurum minatus, gladium pectori adegerat, cum autem is non penetrasset, sclopum grandine plumbeo spissiori oneratum in eundem emiserat, graviterque vulneraverat, atque deinceps ægre se habere dixerat, quod hominem non occidisset. Non deerant ex Dominis, qui hanc vim publicam cum atrocissimo conatu cædis conjunctam, pœna capitali vindicandam censerent; maxime quia semiconvictus erat alterius scelerati facinoris, propter quod ejus frater ad laqueum erat damnatus, & cujus non dubitabatur, quin ipse dux & auctor fuisset. Quia tamen ad hoc nonnisi tormentis subjici poterat, etsi quatuor ex Dominis, conatum illum cædis improbissimum ad mortem sufficere arbitrarentur, major tamen pars, cum tormenta sustinuisset, ob alterum crimen ad pœnam morti proximam cum damnarunt, *ante ferias Pentecostales* 1683.

4. Sed quæstio de perfecto an imperfecto homicidio, non tantum sæpe movetur, si mors secuta non fuerit, sed magis, si mors secuta quidem fuerit, at non immediate, ut dubitari possit, an plaga inflicta mortis causa fuerit. De varietate judiciorum in hujusmodi occasionibus & discrimine vulnerum simpliciter aut absolute mortiferorum egimus *ad tit. ff. de Lege Aquilia n.* 4. nec regulam aut definitionem collocare generalem licet. Communiter quidem, si post vulnus incontinenti vel cis paucas horas mors insecuta fit, vulnus esse causam mortis non dubitatur. Attamen heic etiam prudentia opus esse, docebit exemplum satis rarum, quod subjiciam. Anno MDCLXVII. die 30. Decembris in pago *Hoortwolde*, Notarius quidam publice vendens prædium, importune turbatus in hoc officio ab homine temulento, ter quaterve eum in faciem pugno percusserat: Unde sanguis copiose effluxerat. Fluxu cessante, cubitum iverat; e somno autem excitatus, tussi & novo sanguinis fluxu exorto, intra sesquihoram exanimatus est. Non credebantur plagæ homini inflictæ potuisse lethales esse, neque foris aut intus quidquam mortiferi apparebat: Sed pectore dissecto, reperta est aspera arteria, quam vulgus gutturem adversum appellat, & in qua nihil esculenti aut potulenti, sine præsenti periculo suffocationis, durare potest, aperta & valvula ejus rigide patens; intus autem in ipsa arteria, repertæ sunt aliquot particulæ carnis, magnitudine avellanæ & paulo secus, aliæque nonnullæ aridæ materiæ. Ex quibus non temere judicabatur, eas res in vomitu ejectas, valvulaque asperæ arteriæ in illo motu violento aperta, in patulam viam pulmonis incidisse: Nec per tussim ab ebrio & somnolento inde rursus excuti potuisse; Quæ causa suffocationis necessaria fuisset. Reus in Frisiæ vermus Transisalaniam continiis habitans, in hanc se contulit, atque a prætore Hixbergensi, causa cognita, cædis absolutus est. Quæ sententia cum ad Ordines mitteretur, ut Reo secure in Patria degere liceret, Suprema Curia consulta respondit, audito Procuratore Generali, in eam sententiam, quæ a nobis relata est *ad tit. de Legib. Cap. de Conflict. Legum n.* 6.

Jus divinum in cæde hominis liberi illud solum considerari jubet, utrum percussus surrexerit & innixus scipione prodierit, nec ne, ut illo casu pœna capitalis cesset, isto infligatur. *Exod. cap* 21. *vers.* 18. Ita D. Matthæus eum locum inducit *cap.* 3. *ad h. tit. n.* 17. Minus plene; Additur enim, si lecto adfixus convaluerit, & in via publica, cum scipione dumtaxat, incesserit, ut tum quæstio de vulnere cesset; Non si post ictum statim surrexerit & foras prodierit, hoc enim frequenter in vulneribus capitis, absolute lethalibus, accidit, ut nostra memoria Studiosus Juris, percussus in capite a Theologiæ Studioso, tertio demum die lecto adfixus, cum medio tempore in publicum prodiisset, brevi extinctus est, vulnere lethali deinde reperto. Plane moribus ita fere est receptum, ut si percussus quadraginta diebus supervixerit, vulnus pro mortifero non habeatur. Clar. §. *homicidium. n.* 44. Fab. 4. *Cod. tit.* 15. *def. ult.* Grot. 3. *manud.* 34. §. *pen.* qui tamen hoc requirit, ut percussus in publicum post sex septimanas prodierit; atque alii tum demum admittunt præscriptionem, si non constet ex vulnere mortem evenisse: plures etiam tempus hoc, & omne judicium de causa mortis, Judicis arbitrio committunt; in quam plures citantur auctores a Groenewegio *ad d. loc.* Grot. *n.* 14. & 16. At plane Medicorum judicio plurimum in hac disceptatione tribuendum esse, non est dubium; ut tamen judicem quoque suum non negligere oporteat, utique si dissentiant, quod sæpius accidit, exemploque a nobis probatum est *ad tit. ff. de Lege Aquil. n.* 4. *Resp. ad schol.*

5. (c)

5. (c) Commune requisitum omnium delictorum, esse diximus *ad Tit. de Privat. delict.* dolum, id est malignum propositum, excepto legis Aquiliæ delicto, quod etiam punitur ob culpam, ratione, quam dedimus *in loco*. Sed in lege Cornelia maxime dolus requiritur, culpa nequaquam sufficiente ad ordinariam hujusce Legis pœnam *l. 7. h.* etsi lascivia quoque & mali moris circumstantiæ adfuerint. Exemplum. In *pago* Rypensi Titius in diversorio lasciviens cauponem cubitum iturum aggressus, compulerat ad saltandum secum; spatioque cubiculi saltibus absoluto, correptum hominem rapideque circumactum ita propulit, ut caput adversus prominentiam camini allideretur. Unde prolapsus & dein cubitum delatus, caput & pectus graviter dolens, mane sequenti hora sexta decesserat. Sub cranio repertæ sunt quatuor unciæ cruoris evasati: ut ex contusione mortuum esse non dubitaretur. Titius relegatus est ad tempus, *ante ferias O. S.* 1681. Scilicet occidendi animus aberat omnino. Tamen etsi ad dolum hac parte non requiritur animus occidendi peremptorius; sufficit propositum lædendi aliquem, ita ut cædem inde facile sequi posse non ignoret. Nec enim si quis vere sit hujus animi, ut adversarium dumtaxat vulnerare velit, si tamen occiderit, dubium est, quin de cæde teneatur. Eventus spectetur, ut a clementissimo quoque factum sit, ait *l. 16. §. 8. in pr. de Pœn.*

N. ADDIT.

Mutavit hic aliquatenus dicta in positionibus, ob monitum Scholii nostri: unde utrumque hic erit inserendum.

Posit. 4. *Dolus, hoc est propositum, requiritur, culpa non sufficit.* l. 7. 8. *Dolus autem intelligitur, propositum lædendi, unde cædes prospici possit, etsi ipse animus* (c) *occidendi absit.* l. 16. §. 8. de Pœn. l. 1. §. 3. h. *Nec obstat* l. 14. h. *voluntas enim ibi pro dolo sumitur, qui si absit, casus fortuitus non nocet.* add. l. 3. §. 2. h.

(e) Mallem dicere: quod per dolum hic intelligatur propositum alterum interficiendi, & animus occidendi eundem, *d. l. 16. §. 8. de pœnis. d. l. 1. §. 3. h.* qui textus aperte docent, animum occidendi non debere abesse, si pœna legis Corneliæ locum invenire debeat. Et ita plane non obstat *l. 14. hic.*

Notabilis locus est in *l. 1. §. 3. h. t.* Divus Hadrianus rescripsit, *eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo admisit, absolvi posse*, ut in exemplo *superius* relato. *Et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum*, scilicet, pro severitate Legis Corneliæ, quam moribus hodiernis nusquam servari, probavimus. Pergit Marcianus; *& ex re constituendum hoc.* Quando de animo palam demonstrato non constat, res ipsa factique circumstantiæ presumptiones juris suggerere debent. Marcianus; *nam si gladium strinxerit & in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse.* Ponit indistincte, *qui gladio percussit*, adde, cultro, hasta, sclopo, similive instrumento ad occidendum usurpari solito; si iratus, non potest dubitari, quin occidendi animum habuerit, aut si forte vulnus, solummodo imaginatus sit, non credimus, hoc esse dolo carere, si quis apud animum suum fingat se nolle occidere, dum hoc agit θυμοῦ ῥέοντος, volens, quod occidentes faciunt, & dum occidit. Marcianus; *sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam pœnam, quia in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit.* Percussio facta clavi, cucuma, similive instrumento cædibus adhiberi non solito, si quidem *in rixa* fiat, cæde licet secuta, non punitur ordinaria pœna, secus si fiat ex animi destinatione. Verum in rixa, lite subita, ejusmodi instrumentum inducit præsumptionem, non adfuisse dolum. Exemplum: Studiosus Theologiæ cum alio Pontificiæ Religionis, uterque Frisius, in hac Academia certabant de Religione. Theologus iracundior, incalescens, hemina cerevisiæ, quam manu tenebat, caput alterius percussit; qui licet aliquot diebus superviveret atque exiisset, tamen cis quatriduum decessit, & quidem, ut judicatum est vulnere inspecto, ex ictu. Alius contubernalis meus, tesseris ludens, subita rixa, ut fit, candelabrum in adversarii caput conjecit, unde mortuus est: nihil tale cogitantibus vulnerum auctoribus. Titius in hac civitate, non ferens convitium quod esset γυναικοκρατούμενος, exprobrantis id sibi caput pugno percussit, qui inde mortem contraxit. Hæc & talia, passim obvia sunt exempla, ex quibus sententiæ illius usus intelligi potest, & quibus pœna convenit extraordinaria. De pluribus ad hunc articulum, vide Carpzov. *Qu. Crim.* 3.

6. Do-

(c) *Pos.* 4.

6. Docent autem illa verba Marciani, quoties *in rixa* gladio vel simili cædis instrumento commissum est homicidium, non cessare pœnam hujus legis ordinariam; si enim tum demum cædes *in rixa* admissa mitiorem habet pœnam, quando clavi vel cucuma facta est, atque hic modus occidendi opponitur ei qui fit gladio, sequitur, hoc propositum, licet in rixa commissum, non mereri pœnam remissiorem. Profecto enim, si ex subita iracundia cædes ficis, gladiis, sclopetis admissæ, mitiorem capitali pœnam habeant, pleraque homicidia, quæ omni die ex subitaneis rixis ortum habent, impunita manerent, pessimeque saluti generis humani consultum foret; eademque ratione furta & adulteria ex subitis hominum cupiditatibus orta, non paterentur ordinarias pœnas. Ipsa quin imo duella, quæ rapidis e causis sæpe committuntur, & Centaurorum Lapitharumque convivia rixis & cædibus cruentata, mitioris pœnæ favorem exigerent: quibus rebus nihil absurdius esse posset. Verum est interim, exquisita dari posse merita circumstantiarum & personarum, quibus judex ad mitiorem pœnam extra ordinem moveri possit: ut ex Alciato de puero, qui collusorem percusserat, exemplum profertur, ejusdem favoris cum eo, quod *in d. l. 16. §. 8. de Pœn.* memoratur, ex Homero Iliad. Ψ.

> Ἤματι, τῷ, ὅτε παῖδα κατέκτανον Ἀμφιδάμαντος,
> Νήπιος οὐκ ἐθέλων, ἀμφ' ἀστραγάλοισι χολωθείς.
>
> *Tum circa talos irascens, Amphidamantis*
> *Gnato egomet vitam puer ac invitus ademi.*

Extra hujusmodi casus, publica salus & rigor justitiæ postulat, ac ita constanter in nostris foris servatur, ut ordinaria pœna cædibus in rixa cultro gladiove commissis infligatur. Idque post rationes ultro citroque ponderatas, probat Carpzovius *d. part. 1. Qu. 1. n. 28. & seqq.* Ex quibus manifestum est, quam procul a via rationis & Themidos absint, qui ut probent, Marcianum ita sensisse; rixæ causa cædes gladio quoque commissas ab ordinaria excusari, Lectionem Florentinam in *d. l. 1. §. 3.* mutant hoc modo: pro verbis *Sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, leniendam pœnam ejus esse* substituunt ita; *sed si clavi percusserit aut cucuma, aut ferro in rixa, quamvis percusserit*: quo ita discrimen juris inter modos cædis per instrumenta diversa, quoties aliunde non constat de animo, tollatur: sed maneat laus ingenii, salva ratione & auctoritate juris: quæ hoc loco plane dictat, τὸ ἀκίνητον, ἄμεινον, nihil esse causæ turbandi limpidum.

7. (d) Verum tamen est, si quis impetu non bruto, vel insolenti, sed justa causa excitato, ad cædem proruperit, hunc mitius extra ordinem puniendum. Ita responsum de marito, qui uxorem adulteram occidit, quod non licet, *l. 1. §. ult. h.* & de patre, qui filium novercam adulterantem, in venatione occiderat, in *l. 5. ad L. Pomp. de parric.* Talis etiam sæpe fuit sententia Curiæ nostræ, ut in tali exemplo; maritus hominem, qui uxori ipsius verbera intentabat, occidit, hic in perpetuum relegatus est. *Johannes Francken, d. 29. Octobr.* 1585. Alius a creditore suo intempestive monitus, videbat eundem uxorem suam interpellantem, & mox adversus eam gladium, ut invasurum stringentem: Vir id e proximo conspicatus, contum arripuit aculeatum, eoque caput hominis percussit, mox etiam genu inguini ejus impacto, sic hominem mulctavit, ut brevi moreretur; ad decennium relegatus est, *Harmen Alberts, d. 29. Novemb.* 1628. quæ duo exempla reperi in MS. D. Antonii Kan, Procuratoris Frisiæ generalis. Nec tamen eadem ubique indulgentia valuit. Titius (aliud exemplum) puellæ cuidam vim olim conatus inferre dicebatur: post triennium idem (*Tjaert Hessels* nomen erat) cum fratre Adriano aliisque duobus diversorium, in quo Ancilla degebat, invita ejus hera, saltu ostio inferiore superato, invaserat, strictum manu cultrum tenens, eamque verberibus indigne affecerat. Post aliquod spatium illis digressis, ancilla ardens ira, rapto e penu cultro, abeuntem in plateam publicam insecuta, Hadrianum fratrem ejus, cui præcipue infesta erat, percussit in tergo, ut brevi inde moreretur, sanguine foras non prodeunte. Quanquam magna ratio mitioris extra ordinem pœnæ militabat, quia tamen factum vindictæ propius, quam subito calori videbatur, ut tum quidem Curiæ sedit, ultimum supplicium subiit. *Anna Ulrici Edensis, annos nata* 23., 10. *Aprilis* 1641. ut Nauta refert *in suo MS.* Mea quoque memoria Studiosus Theologiæ Amstelodamensis, provocatus aliquoties a Juris studioso Bredano, cum gladium e museo petiisset, in platea publica cum eo congressus erat: sed inter pa-

(d) *Pos. 7.*

pugnandum hortatus alterum ut desisteret, etiam iverat cessum, ut alter ebrius in aciem irruisse magis quam percussus videretur. Non deerant ex Dominis, qui reum mitius extra ordinem puniri vellent, utique nullis heic adversus duella legibus severioribus; sed pars major ordinariæ pœnæ locum esse debere statuit. Oportet hâc de re discrimen judicis arbitrio committatur, ut etiam ætatis, de qua Sandius *l.* 5. *tit.* 9. *def.* 4.

8. Atque huc etiam pertinet excessus moderaminis inculpatæ Tutelæ, de qua diximus ad *tit. Inst. de Lege Aquil. n.* 2. qualem excessum Curia nostra fustigatione & exilio, apud Sand. *d. defin. in fin.* mulctavit, nec amitti censuit moderaminis inculpati defensionem, etsi rixæ quis auctor, pugnæ non fuerit. *d. tit. def.* 8. In dubio autem non præsumitur moderamen, sed dolo facta cædes, sicut injuria, existimatur. *l.* 1. *& l.* 5. *C. h. t. l.* 5. *C. de Injur.* Nisi præsumptio contraria nitatur justis rationibus, a personis aliisque circumstantiis desumpta, de quibus A. Matth. *ad h. t. c.* 3. *n.* 15. & de quibus rebus prolixe egit Carpzov. *d. l. Qu.* 28. *& sequ.* Inculcat ille distinctionem inter moderamen defensionis, & moderamen inculpatæ Tutelæ, ac utriusque dividit excessum. Sed cum per moderamen defensionis nihil aliud intelligat, quam excessum inculpati moderaminis, Excessum autem simplicis defensionis vocet, qui sine prævia partis adversæ offensa committitur, ut docet *Qu.* 29. *n.* 41. hujusmodi exdem ab ea, quæ dolo committitur, vix opus sit discerni; ideoque ita videtur, ea distinctione facile careri posse: excessum autem moderaminis circa tutelam corporis sui, generaliter ratione causæ, modi & temporis distinguere licet.

9. Ratione causæ committit excessum, qui dedit initium rixæ, sed pugnam vitare voluit; hunc ab altero cum periculo vitæ invasum, si occidat aggressorem, lenius extra ordinem puniendum, censuit Curia nostra, apud Sandium *loco citato*. Aliter Carpzovius, qui tales ordinariæ pœnæ subjiciendos statuit. *d. Quæst.* 29. *num.* 43. *& seqq.* Exempla tamen rerum judicatarum quæ refert, non tantum rixæ, sed etiam pugnæ initium reis adscribunt. Atqui hoc non ad causam, sed potius ad modum defensionis pertinet: planeque distinguendum inter rixæ & pugnæ principium. Si rixæ, id est verbalis contentionis, initium reus tantum dederit, alter autem incontinenti ad arma prosiliens ipsum invaserit, magis est ut occidens aggressorem ordinaria non sit adficiendus pœna, quia rixari verbis est tralatitium, & toto genere diversum a pugna armata. Ad excessum ratione causæ, refert etiam Carpzovius, quando quis alium pro alio occidit, *num.* 50. *& seqq.* male ut videtur; Nam si factum sit per necessitatem defensionis, non ad causam, sed ad *modum* pertinet, & plerumque jure fit. Si vero extra casum defensionis, ad hunc articulum plane non pertinet: (e) Quid ergo? Si quis circa personam errans, Mœvium occiderit, cum Titium vellet, an quasi effectu sceleris destitutus, mitius puniendus erit? Tentabimus hunc ordinaria pœna plectendum esse: fuit enim occidendi animus; occidit etiam: tametsi non eum quem destinaverat. Ita qui Titio injuriam facere vult, si Sejo faciat, quem Titium putat, Sejo injuriarum tenetur. *l.* 18. §. 3. *D. de Inj.* Vasqu. 3. *cont. ill. cap.* 96. *n.* 32. Idem, si eum Titium occidere vellet, Mœvium adstantem aut prætereuntem, vel intervenientem occiderit: est enim eadem utroque casu ratio. Ad excessum ratione causæ melius refertur, si quis minantem sibi mortem, occupaverit interficiendo. Si enim minæ sint ejusmodi verbis, aut gestibus prolatæ, quas reus facile evitare poterat, vix est ut ordinaria pœna sit eximendus, ut Carpzovius probat *num.* 84. si vero minæ sint inevitabiles, & cum præsenti periculo junctæ, vix pro excessu moderaminis inculpatæ Tutelæ ejusmodi cædes haberi potest, *arg. l.* 9. *in pr. Quod met. c. l.* 3. §. 5. *de vi & vi arm. l.* 1. *C. Quand. lic. unic. sin. jud.* & per ea, quæ inferius dicenda venient. Quod si minæ sint præsentes quidem, sed nihil magni mali continentes, aut etiam evitari potuerint per fugam, recessum, vel corporis inclinationem, nec reus id faciendum putaverit, verum occidere maluerit, est eadem quæstio cum hac; An propter injurias corporis non capitales, & propter bona, liceat hominem occidere. Nam minæ actui proximæ & inevitabiles, a periculo præsente distingui non possunt. Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 1. *n.* 5. Reliqua de fuga & evitandi facultate, pertinent ad secundum articulum, qui est de *modo*.

Carpzovius *Homicidium necessarium*, de quo moderamen inculpatæ sit intelligendum, ita definit, *quod non dolo, sed coacte, ob vitæ, corpo-*

(e) *Pos.* 5.

poris, *honoris*, *facultatumque defensionem committitur. d. Qu.* 28. *pr.* Sed videamus; Quæstio proposita est bimembris, de injuriis non capitalibus, & de bonis. Quod ad prius attinet, pudicitiæ causa licere stupratorem violentum occidere, non dubitatur. Grot. *d. cap.* 1. *num.* 7. Idem de periculo mutilandi corporis alicujus membri. *n.* 6. Ad alapam, vel ictum baculi evitandum, non licet impune, licet ordinaria pœna locum non habeat; quanquam in Lege Aquilia, qui primus insultavit, tenetur simpliciter. *l.* 52. §. 1. *ad L. Aq.* Vide omnino Grotium *d. c.* 1. *n.* 10. De bonis sic habendum; Si periculum vitæ sit conjunctum, licebit impune; cæteroqui non licet: Adeo ut, si quis furem nocturnum occiderit, ita demum impune ferat, si parcere ei sine periculo suo non potuerit. *l.* 9. *h. t.* In dubio autem præsumitur vitæ periculum fuisse conjunctum; quo respectu Lex XII. tabularum, ut & Mosaica, furem nocturnum impune occidi posse constituit, ut Gajus scribit; modo occidens id cum clamore, quo de circumstantiis liqueat, testificetur. *l.* 4. §. 1. *ad L. Aquil.* si constaret nullum adfuisse periculum vitæ, non impune foret; attamen mitius extra ordinem animadvertendum. *arg. d.l. ll.*

Postremo ad excessum ratione causæ pertinet; si quis provocatus, in arenam descenderit provocantemque occiderit, quo casu mitiorem capitali pœnam irrogandam esse, probat Carpzovius. *d. Qu.* 29. *n.* 70. *& seqq.* tam si verbis contumeliosis, quam simplicibus facta sit provocatio. *num.* 87. *& seqq.* Sed quam hæc sententia generi humano sit gravis, probant omnium fere Principum hodiernorum Constitutiones adversus monomachias sive duella, provocatos æque ac provocantes capitali pœnæ subjicientes *, quod apud nos etiam absque novis Constitutionibus, tanquam ex jure communi magis obtinere, cum alias, tum patuit exemplo Studiosi relato. *n.* 5. *in f.* Nec quidquam a Carpzovio aliisve in hanc rem, ex jure Divino vel Romano profertur, idoneæ probationis; quatenus reputatio gloriæ inanis, sine ullo vitæ periculo, non potest sufficere ad aperiendam fenestram creberrimis duellis, quibus optimus sanguis in media pace hauriatur. Si verbalis, aut realis injuria gravis provocationi accedat, omnino dicendum, extraordinariæ remissioni locum esse debere, per *l.* 38. §. 8. *D. ad L. Jul. de Adult.* convitia sola sine provocatione non sufficiunt, ut recte probat Carpzov. *d. l.* Q. 30. *n.* 68. *& seqq.* Ne quidem ad evitandam pœnam ordinariam, nisi gravissima sit contumelia, & ex continenti iratus, pugna æquali, non ex insidiis, aut post intervallum, cædem commiserit, ut idem *n.* 72. *& seqq.*

10. Hactenus de causa; sequitur de Excessu moderaminis inculpatæ corporis Tutelæ, ratione modi, supposita sufficiente causa periculi vitæ. Ad hunc articulum pertinet regula, quod defensio non sit inculpata, nisi quatenus periculum vitæ aliter evitari non potest. *l.* 45. §. 4. *ad Leg. Aquil.* Proinde si quis adversarium aliter quam occidendo propulsare potuerit, occidere autem maluerit ira incitatus, is hunc committit excessum, cujus rei dijudicatio a circumstantiis pendet. Plane si constet invasum sine periculo fuga sibi consulere potuisse, & defendere se, aggressoremque occidere maluisse, recepta est sententia ab omnibus gravitatem Christianam professis auctoribus, committi excessum moderaminis inculpatæ Tutelæ; mitius licet extra ordinem puniendum. Et quidem in locis, ubi sine gravi dedecore non licet fugere, quemadmodum militibus ubique & Nobilibus, in quibusdam regionibus etiam quibusvis, fuga tanto pudori imputatur, ut qui invasorem vir virum fugit, inter honestos versari nequeat; ubi sic est, hujusmodi excessus videtur impune transmitti posse. Mores autem ejusmodi & instituta hominum, a Lege Christi tam aliena, reprehendi merentur, & bonis Legibus emendari debent: Civibusque inculcandum, non esse plus dedecoris, homines tam insanos fugere, quam canes rabidos; fortitudinis in justo pioque bello esse locum. Plane quidem in id etiam facile consensum est, non teneri invasum ad primum ictum expectandum, quando facile ex eo interire posset; nec etiam ad hoc, ut armis utatur paribus. Etenim quando quis vere in vitæ discrimen adductus est, nulla ratio salutis expediendæ prohibita est. Sed qui sine armis invasus, aut sine ejusmodi instrumento talique gestu & apparatu, ut vitæ membrive mutilandi periculum inde reformidari nequeat, arma strinxit invasoremque interfecit, excessum moderaminis committit, ut forte nec semper extraordinariæ locus sit pœnæ dandus; non si nihil quam colaphum amoliri volens, aut jam passus, hominem interfecit: etsi aliter Carp-

* Idem etiam constituit Serenissimus Rex noster in Edicto Duellico, de An. 1712. §. 17. seqq.

Carpzov. *Qu.* 30. *n.* 38. Cum enim tralatitium & quotidianum sit, os depalmari, colaphos impingere, non potest ferre salus humani generis, ut ideo cædes admissæ levi pœna transmittantur, ne dicam id omnium minime ferendum in Republ. cui non omnino sit exempta memoria summi Præceptoris Christi. Nec quidem aliud statuendum jure naturæ. Cum enim hujus summa sit regula, conservare societatem humanam, cui hæc res est inimica, non potest ei non adversari; ut hactenus Covarruvias merito a Grotio reprehendatur, *d. cap.* 1. *n.* 10. sed forsitan hæc observatio ad articulum præcedentem de causa pertinet. Huc sine dubio refertur, quando invasus alium quam invasorem, forte, vel bono consilio intervenientem, sui defendendi, vel fugiendi causa interfecit: est enim excessus, sive destinato, sive inconsulto fiat. Si hoc, nulla poterit esse pœna, sed est excessus per casum fortuitum: si consulto, videndum, an nullo modo aliter evitari quiverit periculum. Si nullo modo, res tamen illicita esse videtur, innocentem nostra causa perdere, maxime secundum jus Evangelicum, ut censet Grotius *d. cap.* 1. *n.* 4. Sed judicialis pœna, si absque tali cæde salvus esse non potuerit invasus, infligi non potest, ut recte Carpz. *d. l. Qu.* 29. *n.* 54. Si quid hac parte culpæ, sine dolo, commissum videatur, pœnæ locus erit alicui extraordinariæ, judicis arbitrio. Carpzov. *ibidem.* Plane ex Lege Aquilia tunc dari actionem, non est dubium. *d. l.* 45. §. 4. *Ad Legem Aquil.*

Postremo ad excessum in *modo* pertinet etiam, si quis invasore volente recedere, atque petente ut a pugna desistatur, invasus nolit, verum instet irritatus & invasorem pœnitentem conficiat, quem excessum, pœnæ expertem esse non debere, manifestum est, ordinariæ tamen nequaquam: exigendum enim non est ab humana imbecillitate, ut in periculum vitæ adductus, in arena tam valide sibi temperet, quatenus constat, eos, qui reluctante licet animo pugnæ se primum commiserunt, in progressu θυμοῦ ῥέοντος, ita plerumque incendi, ut se amplius in potestate non habeant, quo pertinent, quæ Carpzov. habet *d. Qu.* 29. *n.* 26. *& seqq.* Quid autem, si invasor pœnitentiam & oblationem suam videns sperni, defendentis personam inluat, eatque cessim, attamen urgente altero, cum aliter non posset, adversarium occiderit? Non videtur hac sera & inutili pœnitentia ordinariæ pœnæ se eximere posse, per ea, quæ habet idem Carpzov. *d. Qu.* 29. *num.* 43. *& seqq.* Non eadem est ratio provocati, si hic sponte secutus in duellum, se prælio absque necessitate commisso deinde subducere cupiat, neque possit, altero violentius instante; si tum se defendendo, percusserit adversarium, ab omni quidem supplicio liberare se non potest; ab ordinaria tamen & provocationis insultatio & moderatio in pugnando eum excusare videntur; Idque sine dubio sentiunt communiter, satis juste, ex iis quæ Carpzovius habet *d. Qu.* 29. *num.* 75. *& seqq. & Qu.* 30. *num.* 43. *& seqq.* ubi eandem pœnæ mitigationem statuit habere locum, si quis jam fugientem insecutus percusserit. Quod ut in genere verum sit, in hypothesi tamen, cum minima circumstantia variet jus, prudenti judicis arbitrio committenda res est; quo nomine reprehensus est a Curia nostra Advocatus celebris, qui Studioso, cujus exemplum ad hanc observationem spectans modo retulimus, patrocinabatur, & nimis libere, non posse eum capite puniri, quod tamen accidit, præjudicaverat.

11. Superest excessus moderaminis inculpati, ratione temporis, ad quem articulum pertinet hæc regula; moderamen defensionis ita esse inculpatum, si fiat *incontinenti.* Nam qui periculo transacto cædem committit, utique non est in ea causa, ut aliter se tueri non posset, quod est requisitum justi moderaminis. *d. l.* 45. §. 4. *l.* 3. §. 9. *vers. sed hoc confestim, non ex intervallo. & l.* 17. *de Vi & Vi arm.* Quid sit incontinenti, mirifice variant Interpp. dum alii triduum, alii decem dies, alii duos, tres, vel quatuor menses intelligunt, & textibus firmant, ut refert Carpz. *Crim. Qu.* 31. *n.* 11. *& seqq.* Optime Græci: ἐν τῇ συμπλοκῇ, in ipso conflictu; antequam partes sint digressæ. *l.* 7. §. 5. *de Pact.* Quicunque igitur fugientem, vel arma tradentem, aut abjicientem, aut etiam exutum armis interficit, non servat inculpatum moderamen; multo minus, si ex intervallo, licet actus alius non intervenerit, ut probat Carpzovius *d. Qu.* 31. *n.* 17. *& seqq.* contra Cæpollam & Mascardum, qui moderamen inculpatum vocant etiam, quando invasus ivit domum & arma inde petiit, ut in relato superius exemplo Studiosi, aut fecit *practicam*, ajunt, *colligendi amicos*, quod si liceret, bella in civitate committerentur. Ve-

rum

rum quando ob excessum temporis ordinaria pœna cesset vel non, res pendet ab hac summa distinctione: Doloris & iræ justæ calore, an vindictæ studio post periculum, cædes peracta sit. Et plerumque præsumendum est, si facta sit cædes immediate post congressum, antequam partes adhuc divulsæ fuerint, etsi fugiat, vel arma tradat invasor, non tam vindictæ studium, quam difficultatem moderandi calorem justum adfuisse, tametsi generosus animus statim ac adversarium in potestate sua esse videt, reprimitur, & supplicem exequi crudele arbitratur; si tamen in causa & in modo servata sit ab invaso inculpatæ tutelæ moderatio, propter hunc excessum ordinaria pœna non videtur adficiendus. Aliter forte, si causa moderaminis inculpatæ Tutelæ non adfuerit, ut si quis post verbera sibi inflicta abeuntem lethaliter percusserit, sicut ancilla superius commemorata, quæ cum vapulasset, insultatorem digressum, in plateam persecuta, cædem commiserat: Etsi varietas circumstantiarum infinita necessarium juris arbitrium faciat. Carpzovius idem existimat, si quis potest horam dimidiam a transacto & sedato conflictu, invasorem occiderit, ac ita judicatum a Lipsiensibus suis refert, de homine, qui Aggressorem post horam a conflictu dimidiam, stans post januam & observans eum, interfecerat. *d. Qu.* 29. *num.* 33. Quod ego nostris Justitiæ vindicibus non putarem placiturum; cæde præsertim malo more ex insidiis animoque deliberato facta, vindictæ studio manifesto; Non videtur hæsitandum, quin tali casu ordinariæ pœnæ sit locus; etiam, si quis post longius spatium, & maxime si quis post rem transactione sopitam, licet non ex insidiis, invasus Aggressorem interfecerit.

12. (f) Quantum ad personas attinet eorum, qui cæsi dicuntur, parum interest, qualis homo qualem hominem occiderit, liberum an servum. *l.* 1. §. 2. *& l.* 11. §. 1. *&* 2. *D. h. tit.* Et gentium Leges, quæ discrimen hactenus inter Nobiles & plebejos statuunt, admodum emendationis egent. In moderamine inculpatæ Tutelæ nihilo magis differentiæ locus est. Adversus Principem autem Supremum quid liceat hac parte, juris privati rationes excedit. Denique non modo tutius, sed & verius est, Principis invadentis personæ esse parcendum. Grot. *d. c.* 1. *num.* 9.

(g) Sunt sane, qui impune occidi possunt: nempe transfuga, *l.* 3. §. *ult. D. h. tit.* desertor militiæ, *l.* 2. *C. Qu. m. l. lic. unic. fin. jud. vind.* latro & nocturnus grassator in agris, *l.* 1. *C. eod. l.* 2. 3. 4. *C. h tit.* quin & fur quicunque alius, seu diurnus, seu nocturnus, si telo se defendat, parcique ei sine periculo non possit, *l.* 9. *D. h. tit. l.* 4. §. 1. *D. ad Leg. Aquil. l.* 54. §. *Furem.* 2. *D. de furt.* adulter, juxta *l.* 20. *& seqq. D. ad Leg. Jul. de adult.* raptor mulieris, *l. un. verf. ne igitur C. de rapt. vir.* stuprator, qui vim adhibet, *l.* 1. §. *pen. D. h. tit.* hi omnes impune occiduntur.

SCHOLIUM.

Imo ne impune saltem, sed etiam ex his aliqui juste. Scilicet, si lex præmium ponat, vel factum laudet, ut in interficiendo desertore militiæ, juste agis, & tanquam executor voluntatis publicæ; sin indulgeat saltem affectui tuo, impune quidem ages, at injuste, si adulterum interficias.

RESPONSIO.

Non sumsimus hic τὸ impune cum oppositione ad justitiam, sed impune fieri diximus ejusmodi cædes, ob remotionem pœnæ capitalis: indiscrete, per justitiam an remissionem pœnæ Legis cessaret. Hujus enim rei dijudicatio magis ad philosophiam pertinet, nec hujus est loci.

N. ADDIT.

Ergo Auctor a me non dissentit. Neque observatio mea ab hoc loco aliena est. JCti enim, cum veram philosophiam profitentur, observationes & explicationes ex principiis philosophiæ moralis vel Juris naturæ petitas, a se nequaquam alienas esse arbitrari debent.

Inter eos qui impune occiduntur collocari solent rei criminum, qui Lictoribus, ne capiantur, resistunt: Nam fugientes satis convenit occidi non posse, nisi admodum Reipubl. intersit non evadere delinquentem. Quod si resistat, multi existimant indistincte reum interfici posse, de quibus Wissenb. ad *tit. de Custod. & exhib. reor. th.* 25. Sed verius est, id non aliter licere ministris, quam si manifestissimum sit, Reum mortem esse meritum, aut judice Supremo id specialiter injungente, cujusmodi mandatum in nostra Curia datum memini, cum duo ad pœnam morti proximam damnati, effracto carcere se proripuissent, a quibus multum mali non sine causa metuebatur. Imperatum est substituto Procuratoris Generalis, ut si quidem vi se defenderent, nec aliter eos in potestatem redigere posset, sclopis illos impe-

(f) *Pos.* 7. (g) *Pos.* 8.

impetere liceret: non æque tertium, qui furti damnatus, operis publici tempus ferme absolverat. *d. 9. Jul.* 1631. Hactenus quidem Judici integrum est; verum Edicto cuilibet hominis necandi potestatem facere, ut adversus alterum ex illis maleficis paulo post ab Ordd. Frisiæ decretum est, id non est judicis neque meri imperii, sed ad jus vitæ & necis, summamque Reipubl. potestatem pertinet. Cæterum, si dum Lictores in hoc sunt, ut reos criminum capiant, accidat, ut imprudenter eos interficiant, ordinariæ tamen pœnæ non subjiciuntur, sed mitius extra ordinem plectendi sunt. Quin etsi destinato, dum capere eos conantur, occidant, ordinariæ tamen pœnæ non esse locum, visum est Curiæ nostræ in hac causa: Lictor a Prætore Smallingerlandiæ missus, ut quosdam errones maleficos caperet, unum ex illis, *sclopum* humeris gestantem, sclopeto suo percussum occiderat. Ipse factum negabat, sed ad torquendum satis erat argumenti. Verum, quia sic erat opinio; Reum etsi confessum, plus tamen pœnæ quam relegationis pati non posse, visum non est ad tormenta procedere, teste D. Nauta relatore in *Decis. Mf. d.* 11. *Jul.* 1636.

13. (h) Postremo repetemus, quod alias dictum; Pœna legis Corneliæ fuit deportatio, & omnium bonorum publicatio: postea honestiores quidem deportari, humiliores capite plecti cœperunt. *l.* 3. §. *pen. D. h. tit.* Justinianus vero in §. 5. *Inst. de publ. jud.* tantum gladii pœnam proponit, eaque hodie utimur. Præter hanc pœnam capitalem, Saxonico, & aliarum gentium jure, mulcta constituta est in homicidas, qui capite puniri non possunt, quam *Weergeld* appellant, nostrates *een manf-boete*. Saxones habent nimis modicam pro veteri paupertate, viginti thalerorum, sine discrimine personarum, nisi quod pro femina dimidium solvitur. Carpz. *Cr. Quæst.* 34. In nostris Statutis *lib.* 2. *tit.* 3. *art.* 1. civilis mulcta homicidii definitur trecentis florenis majoribus, qui faciunt Imperiales CLXVIII. etiam sine discrimine personarum, ne sexus quidem exclusa differentia: textus enim simpliciter loquuntur. Pro Fisco dimidium prædictæ summæ solvitur. *d. art.* 1. Fiscalis illa mulcta exigitur, quando reus se fuga subduxit, ex bonis homicidæ, sed restituitur deductis impensis, si reus deinde sit absolutus, vel condemnatus ad mortem. *d. tit.* 3. *art. ult.* Quid si extraordinaria pœna sit affectus, relegationis aut similì, an etiam tum mulcta civilis restituetur? Non videtur, per verba, *si condemnetur ad mortem*. Quod si reus ab initio capiatur, hæc mulcta fiscalis non exigitur; utique si absolvatur, vel capite plectatur. Si extra ordinem punitus sit, propter homicidium non dolosum, mulcta videtur habere locum, quia exacta non redditur, ut dictum: Ergo potuit ac debuit exigi.

Quid autem de mulcta trecentorum florenorum, quando & quibus illa debetur? Lex ita ait; *Pro civili mulcta homicidii solvetur summa trecentorum florenorum. Et Fisco dimidium.* Non addit, quando & quibus. Sed τὸ quando colligi potest ex eo, quod de mulcta fiscali traditur in §. *ult.* Non debetur in casu absolutionis vel condemnationis ad mortem: sed in casu homicidii non dolosi, & pœnæ alicujus extraordinariæ corporisque non adflictivæ, exigi potest, per ea quæ Carpzov. habet *d. Qu.* 34. *n.* 42. Quibus debeatur, ex natura negotii & oppositione Fisci colligendum; scilicet illis, ad quos injuria & sensus calamitatis maxime pertinet, qui sunt proximi agnati & cognati, (jure Saxonico soli agnati vocantur) nec hæredis titulus videtur esse necessarius, si quidem interfectus forte non habeat hæredem; Cum enim in solatium & satisfactionem proximorum, ad quos pertinet cædem persequi, hæc mulcta sit reperta, qualitas hæredis deficiens hanc rationem non evertit. Verum si occisus habeat hæredem extraneum & testamentarium, hic præferendus videtur, quatenus ad hunc officium vindicandi necem defuncti pertinet. *l.* 1. *& t. tit. de SC. Silan.* Quanquam enim hoc vindictæ officium hodie forte non sit necessarium, ad neminem tamen propius quam ad hæredem pertinet. An vero nec hodie teneantur hæredes ad vindicandam defuncti necem, sub pœna *indigni*, disquiritur. Affirmat Heigius 2. *Quæst.* 34. Negat cum plerisque Carpzovius *d. Qu.* 34. *num.* 74. Mihi non videtur abs re Heigius; si casum ponas, qui ponendus est, quando quis domi suæ morte violenta sublatus est. Hæreditatem enim adire sine ulla persecutione tanti sceleris, hæredem conscientiæ suspectum redderet. Denique, si plures homicidium commiserint, singulos ad solidam mulctam teneri, verius est, etiam in hoc casu, quando non constat cujus ictu perierit. *arg. l.* 11.

(h) *Vos.* 9.

l. 11. §. 2. *D. Ad Leg. Aquil. l.* 34. *de injur.* Carpzov. *d. Qu.* 34. *n.* 31. *& seqq.*

14. Porro Lex Cornelia Sicariis junxit Veneficos, *qui tam venenis, quam susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint*. §. 5. *in fin. I. de Publ. jud.* De susurris magicis parum creduli sunt nostrates, iis mortem aliaque mala infligi posse: nec admittuntur hujusmodi in judiciis nostris accusationes; qua de re scribit his diebus Vir. Rever. *Balthasar Beckerus SS. Theol. Dr.* eximius, Amstelodamensis Ecclesiæ Pastor; ad probationes harum rerum quidquid traditur, esse nugatorium. Nos inter rationem & antiquissimas relationes arbitrium non capiamus; nec adeo pœnam susurris magicis impositam memorare habemus. Pœna venefcii perfecti, capitalis haud dubie, *d.* §. 5. *in f. l.*28. §. 9. *de Pœn.* quibusdam locis vivicomburii, alibi rotæ est, ut Carpzov. *part.*1. *Qu. crim.* Apud nos strangulantur ad palum, ut plurimum, scelere perfecto. Imperfectum, cum animus occidendi eventu destitutus est, jure civili ordinaria capitis pœna adficitur. *l.*1. §. 1. *& l.*3. *in pr. h.l.* 1. *in f. D. Ad L.Pom. de parr.* At hoc moribus non servatur; Extraordinaria mitior infligitur pœna, ut late probat Carpz. *Crim. Qu.* 27. *n.* 37. *&* 41. Nec tamen fieri non posse putem, ut conatus ordinariam quoque pœnam subeat, velut, si quis patrem matremve tollere voluerit, *d. l.*1. *ad L.Pomp.* nec alienum videtur, eos, qui id agunt, ut venena exitiabili homines necandi animo vendant, & quasi officinam habent venenariam, capite puniri, secundum *d.l.*3. *in pr.* qualis ille nequam in Gallia, qui Dominam Brinvilleriam de Aubray Lutetiæ, pluresque alias corrupit atque ad necem proximorum instruxit; de quo in *processu* typis edito dictæ *D. de Brinvilliers*. Quo majus periculum a quoque delicto, (nec potest esse majus quam veneni, a domesticis maxime propinati) tanto major exacerbatio pœnæ adversus conatus, etiam juris rationem habet. Diximus & *supra*.

TIT. IX.

Ad Legem Pompejam de Parricidiis.

I. Remissio, & quinam hac lege teneantur. II. De pœna consciorum hujus criminis. III. & IV. De aliis casibus ejusdem naturæ adfinibus.

(a) Parricidii vocabulum quadrifariam sumi, *ad tit. I. de publ. jud. n.*9. ubi de hoc crimine peractum est, demonstravimus. Pœna culei tantum habuit locum in iis, qui cognatos lineæ rectæ, ut parentes & liberos, interfecerunt. Adversus reliquos sanguine & adfinitate junctos, pœna L. Corneliæ, modo tamen variata stringitur. §. *Alia deinde.* 6. *in fin. Inst. de publ. jud.* Qui alias personas occiderunt, præter matrem & patrem & avum & aviam, capitis pœna plectuntur, aut ultimo supplicio mulctantur, id est crucis, verba *l.* 9. §. 1. *h. & l. un. C. de His, qui parent. vel lib. occid.* Nempe matri, patri, avo aviæque jungendi in iisdem gradibus descendentes, liberi, & nepotes utriusque sexus. *l. un. C. de His, qui parent. aut lib. occid.* Pater tamen, qui liberos habet in potestate, non patitur pœnam Legis Pompejæ, quod est vestigium veteris patriæ potestatis, *l.*1. *h. t.* ubi sola mater parricidii rea declaratur. Idque ita in matribus infantes suos interficientibus, quo crimine nullum frequentius facit impotentia sexus contra venerem & pudorem, hodieque servatur; nisi quod culeus sine comitatu canis, simiæ, galli & serpentis, apud nos obtinet, non æque apud Saxones, nisi quod ibi felis, loco simiæ, quandoque additur in sacco, ut testatur Carpz. *Cr. Quæst.*9. *n.*26. In Avia idem servatur, ut Carpzov. *d. Quæst. n.* 42. nuperque in nostra Curia extitit exemplum, matris & aviæ propter eundem infantem ex Lege Pompeja punitarum. Quocunque autem modo matres suos infantes occidant, nihil refert; cujusmodi varios modos longa serie additis exemplis enumerat Carpzov. *d. Qu.*9. *n.* 46. *& seqq.* quibus addi potest, quod non ita pridem mater infantem ex legitimo natum matrimonio, in cisterna sub aqua tamdiu pendentem a funiculo habuit, dum suffocaretur.

2. (b) De consciorum in hoc crimine pœna, maximæ res dubitationis est, propter duos in hoc tit. textus; Altero conscii, licet extranei, eadem pœna qua parricidæ adficiuntur. *l.* 6. Altero frater, qui cognoverat tantum, nec patri indicaverat, relegatus dicitur. *l.*2 *h. t.*

(a) *Pos.* 3. *&* 1. (b) *Pos.* 2.

Flagitant hi textus hanc distinctionem, utrum scientia nuda fuerit, an conspiratio & participatio sceleris, cum ope & consilio; quomodo conscii accipiuntur in *l. 7. C. de Pagan.* & *l. 16. in pr. de Pœn.* Carpz. *Cr. Quæst.* 11. *n.* 44. & *seqq.* Qui tamen pro tali participatione non habet exemplum mulieris, quæ adfuerat cum soror pareret, quæ infantem vivum in manibus habuerat, adspexerat sororem matrem, digitis in os parvuli insertis eum suffocantem, quæ nec verbo, nec facto, cum facillime posset, obstiterat, quæ infantem quoque mortuum in cella subterranea defoderat. Hanc, ut nude consciam, Lipsienses, laudante Carpzov. ad exilium temporale, etsi maritus ejus deprecaretur, ad carcerem aliquot septimanis damnarunt. *d. Quæst. XI. n.* 51. & 52. Quantum absit illud a participatione criminis, non intelligo. Nec ita Curiæ nostræ visum in exemplo matris modo dictæ; quæ una cum filia culei supplicio adfecta est, etsi tantum ad executionem tacti, quantum illa soror, non contulisset: Tamen etsi verum est, matrem quoque magis ex officio auctoritatis suæ ad impediendam filiam in tanti sceleris apparatu teneri, ut bene Gomez. 2. *var. Resol. c.* 3. *n* 4. Id equidem animadvertendum est, utrum conscii ex perversa quadam miseratione, ne factum revelaretur, operam dederint, an opem consiliumque adhibuerint.

3. Est etiam ut in genere pœnæ discrimen aliquod servandum sit, pro culeo gladius, aut ne cadaver post mortem ostentui exponatur, quod apud nos in compensationem canis, simiæ & viperæ, ut videtur, fit ordinario. Cujusmodi moderatio servari quoque potest, si mater infantem manu admota non occiderit, verum in sordibus suis neglexerit, ut extingui necesse fuerit, aut si infans immaturus fuerit, ut per naturam vitalis esse non potuerit. Carpzov. *ibid. n.* 28. & *seqq.*

(c) Huc etiam referri potest expositio infantium; Liberos recens natos exponere, jure Veteri erat impunitum, ut apparet ex *l. 29. de Manum. Testam.* & *l. 16. C. de Nupt.* juxta notissimum Græciæ morem, quo refer exempla Comica *passim.* Poterat Pater exponere, vel *tollere* liberos, id est alendos suscipere. *l. 6. §. 2. de iur. Patron.* Sublatos exponere, nefas & quasi homicidium erat. *l. 4. de Agnosc.* & *alend. lib.* Dein expositio plane prohibita, ejusque loco surrogata est venditio *sanguinolentorum*, id est recens natorum *l. 2. C. de patr. qui fil. suos distr.* Pœna est extraordinaria. *d. l. 2.* & *l. pen. C. de Patr. pot.* In Curia nostra animadversum reperio in ancillam Franekerensem, quæ infantem suum recens natum Harlingæ super canale ligneum deposuerat, ubi vivus repertus, & cis triduum mortuus erat. Exposita est in theatro ignominiæ cum infante ligneo a collo suspenso, & relegata ad quinquennium, a virgis ob recentem partum excusata, d. 21. *Octobr.* 1647. referente Nauta. De Crimine abacti partus, egimus *ad t. de Extr. crim. n.* 2. de quo latius vide Carpzov. *d. Qu. XI. a princ.* Conatum quoque parricidii extra ordinem puniendum, etsi jure civili pœna capitis, *l. 1. h. t.* communiter receptum & ubique servatur. Carpz. *Cr. Qu.* 17. Idem si infantes inveniantur mortui & partubus, quos mulieres, ut fit, celaverunt. Si quæstionem sustineant, nihilominus extra ordinem puniuntur: Virgis cæsæ relegantur, aut in opus publicum dantur apud nos, ut plurimum.

4. (d) Porro, sicut legis Corneliæ pœna mitigatur ei, qui stimulo justi doloris concitatus occidit; ita patri quoque pœnam mitigant LL. si justi doloris vi victus filium peremerit, *l. 5. D. h. tit.* quæ causæ nec filii cæterorumque respectu penitus cessant; ut in *l. 35. de Relig. & sumpt. fun.* Wissenbach. *h. t. th.* 16. plenius Carpz. *Crim. Qu.* 12.

Possunt etiam citra cædem Parentes ob immanem sævitiam extra ordinem coerceri. Quo modo a Curia nostra, quod memini, mater & vitricus, quia filium non modo ut mancipium duriter, sed etiam sine modo crudeliter habuerant, relegati sunt anno 1681. Cæterum, quod parricidii pœna dicitur esse perpetua in *l. ult. h.* id de maximo in criminalibus spatio intelligendum, quod est vicennium. *l. 12. C. ad L. Cornel. de Fals.*

(c) *Pos.* 9. (d) *Pos.* 5. 6. 8. & 4.

TIT.

TIT. X.

De Lege Cornelia de Falsis, & de SCto Liboniano.

I. Varietas hujus criminis & pœnarum. II. Partitio specierum hujus criminis, & pœna falsorum circa homines. III. Pœnæ falsorum circa res. IV. Pœnæ falsæ monetæ.

(a) FAlsum est fraudulenta veritatis imitatio vel suppressio, in præjudicium alterius facta. Species ejus perquam variæ sunt in *l.* 1. §. 1. 2. 4. 9. *l.* 2. & *l.* 8. *h. t.* nec minus variant pœnæ; quandoque deportatio, *l.* 1. §. *ult.* aliquando ad bestias, *l.* 8. quandoque relegatio *l.* 21. vel interdictio ordinis aut officii, *l.* 13. §. 1. quin aliquando pecuniaria in duplum pœna, *l.* 32. §. 1. add. *l.* 8. 11. 16. 17. *pen.* & *ult. C. h. t.*

2. (b) In universum committitur Falsum vel circa homines, vel circa res. Circa hominem falsum committit, qui falsum partum supponit, *l.* 19. §. 1. & *l.* 30. §. 1. *hic.* vel nomen, *l.* 13. *ff.* & *l.* 20. *C. eod.* vel testimonium falsum dicit, *l.* 1. & *l.* 20. *ff. eod.* qui judicem corrumpit, vel corrumpendum curat, *l.* 21. *in fin. hic.* qui aliquem testari prohibet. *l.* 16. *hic.* Falsum partum qui supponit, tam mulier quam obstetrix, pœna capitali punitur. *l.* 2. *de Carb. Edict.* Ejus accusatio nulla temporis præscriptione depellitur; nec interest decesserit nec ne mulier, quæ partum subdidisse contenditur. *l.* 19. §. 1. *hic.*

SCHOLIUM.

Scilicet, quoad actionem civilem, conf. Wissenb. h. t. th. 11. *nam in criminali interest. Si enim supponens mortuus sit, cessat finis actionis criminalis, ut scilicet capite plectatur.*

De eo soli accusant parentes, aut hi quorum interest, non quilibet ex populo. *l.* 30. §. 1. *hic.* Circa nomen committit falsum, qui dolo malo, *l. un. C. de mut. nom.* nomine vel cognomine falso, *l.* 13. *hic* aut insignibus & titulis altioris ordinis utitur. Paul. 5. *Sent.* 25. §. 11. & §. 12. ubi Cujac. Qui nomine magistratus falsas literas proponit, aut reddit. *l.* 25. *hic.** Qui tutor cum esset, eo dissimulato, vectigalia publica conducit. *l. un. C. ne tut. vel cur. vect.* Circa testimonium committit falsum, *l.* 1. *pr.* §. 2. qui sive falsum perhibet, sive verum malitiose tacet, & qui pecuniam pro ferendo testimonio accepisse, pactusve fuisse convincitur, *d. l.* 1. §. 1. cujus rei pœna pro meritis circumstantiarum variat. Exemplum; aliquis dederat testimonium extra judicium in causa injuriæ verbalis, dein apud judicem inferiorem contra testatus erat; apud Curiam judicio appellationis iterum, quod prius dixerat, confirmaverat; fassus se adductum esse ad secus testandum ab adversa parte, promissione operis, (textor erat) hiberno tempore locandi: infamis declaratus, & in triennium relegatus est. Alius sine corruptione pecuniaria falsum & contraria testatus, homo simplex & nauci, ad octiduum pane & aqua maceratus, ac intestabilis declaratus est, uterque *d.* 3. *Martii* 1681.

3. (c) Falsum quoad res committitur circa monetam, *l.* 2. 3. *C. de fals. mon.* scripturam, *l.* 1. & *l.* 16. *hic.* mensuram, *l.* 32. *eod.* & alias res, puta leges & constitutiones. Circa scripturam falsum committit, qui scripturam sive publicam sive privatam abolet, radit, immutat, aut alio modo, quominus veritas appareat, facit. *l.* 1. *l.* 16. *l.* 23. & *l.* 33. *&c. hic.* Qui legatum vel hæreditatem sibi in testamento alieno adscribit. *l.* 1. *l.* 4. *l.* 5. *l.* 11. *l.* 12. *l.* 15. *l.* 17. *l.* 18. & *l.* 22. §. 1. *hic.* Hæ species infamia, privatione cinguli, exilio, quandoque etiam capite puniuntur. *d. d. ll.* & *moribus hodiernis.* Circa mensuram falsum committit, qui injusta mensura, pondere, bilance utitur, *l.* 32. §. 1. *hic.* ubi pœna relegationis, & dupli pro eo cujus interest. Moribus extraordinaria; plerumque apud nos infamia & inhabilitas, exemplis obviis. Quandoque gravior, ad capitalem usque, uti res sunt.

4. (d) Circa monetam falsum committit, qui veram cudit, cujus ipsi non est potestas, *l.* 1. & *l.* 2. *C. de fals. mon.* qui eam radit, diminuit, *l.* 8. *hic.* qui in aurum quid vitii addit,

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. 4. & 5. (c) *Pos.* 6. 8. & 9. (d) *Pos.* 7.

* Inprimis falsarii mendicantes, qui incendii, morbi, deteriorationis aut similis casus infortunium simulant, & in hunc finem literis & sigillis alienis abutuntur, in Saxonia fustigationis & relegationis perpetuæ pœna plectuntur, ubi pecuniæ quantitas collectæ non attenditur, ut docet, & multis præjudiciis firmat Carpzov. Crim. Quæst. 93. §. 73.

dit, *l. 9. eod.* qui adulterinam monetam conficit, *d. l. 9.* eam sciens dolo malo expendit, *d. l. 9. l. 1. l. 2. & l. 3. C. de fals. mon.* qui cum prohibere tale quid posset, non prohibuit. *d. l. 9.* Principale crimen vivicomburio punitur. *d. l.* 2. Domus, ob negligentiam domini publicatur. *d. l. 1. & 2. C.* Pœna tam atrox est, quia simul crimen Majestatis committitur, siquidem jus cudendæ monetæ est e minoribus summæ potestatis juribus. Pœna tamen vivicomburii * moribus humaniorum gentium fere est abolita, ac in pœnam gladii conversa. Adjutores & Erogatores nummorum falsorum, mitius extra ordinem, pro meritis circumstantiarum, habentur. Carpzov. *Quæst. Crim.* 43. Vide quæ *ad Instit. tit. de Publ. Jud. n.* 10.

T I T. X I.

De Lege Julia Repetundarum.

I. Quinam in hanc Legem incidant, ubi de venditione munerum publicorum. II. Exceptiones, quatenus aliquid donare licet Magistratibus. III. Pœna delicti.

(a) CRimen Repetundarum ita dictum est, a pecuniis *repetundis*, quas Magistratus, & quincunque in aliqua potestate vel officio publico sunt, accepere, quo magis aut quo minus facerent officium suum. *l. 1. 3. 4. 6. 7. & l. ult. h. t.* Nomen petitum est ab eo, quod præcipue in hoc crimine propositum est, ut pecuniæ repetantur atque reddantur iis, ad quos pertinebant, ut Asconius *in 2. Verrin.* testatur. Idem patet ex *l. 1. C. h. t.* quæ docet etiam, Magistratus quoque teneri ex eo, quod comites & ministri illorum acceperunt, pecuniarie scilicet. Nec tantum ante, sed neque post officium peractum quidquam capere licere, satis liquet e ratione, quod tum lex facile posset eludi, atque e textibus in *l. ult. C. h. t.* ubi; *neque daturos unquam fore*. Item; *post depositum officium. l. 4. D. eod. l. 1. §. 1. de Calumniat.* Propter eandem rationem emptiones præsidibus & judicibus interdicuntur. *l. un. C. de Contract. jud. l. 6. §. ult. de Off. proconf. l. pen. §. 1. h. l. ult. C. eod.* Porro ex eo quod tam teneantur, si acceperint quo *magis*, quam in id quo *minus* facerent officium, recte colligitur, eos æque si bene quam si male fecerint, judicaverint, teneri. *l. 4. h. l. 2. §. ult. de Condict. ob turp.* Proinde cum venditio publicorum officiorum, quæ a Magistratibus conferuntur, vel maxime ad hanc legem pertineat, non minus tenebuntur, qui honores & officia contulerint in idoneos quam in indignos. *d. l. ult. C. h. t.* Sed hæc pars criminis repetundarum contage temporum valde exinanita est, ut nusquam fere puniatur: sane quatenus summæ potestates ipsæ officia honorum pretio vendunt, hoc crimen non esse crimen, satis constat. *l. un. in pr. D. Ad L. Jul. de amb.* Verum Magistratus id agentes, non modo injuriam faciunt virtuti & Reipubl. quod etiam Principes peccant; sed insuper vendunt res alienas, quarum non proprietas, sed administratio ad illos pertinet. Quando tamen hoc genus corruptionis *seculum* vocatur & ex earum rerum numero est, quæ semper vetabuntur, semper admittentur, apparetque institutum inane, si quis populus hoc institutum legibus aut jurisjurandi formulis eradicare velit; non est ambigendum, quin rectius consulant, qui singulis honorum officiis civile pretium, quod in ærarium inferatur, imponunt; quo saltem si virtuti meritisque suus honos haberi nequeat, pecunia ad eum, cujus est res vendita, perveniat. In Legatis tamen, qui etiam sub hoc crimine comprehenduntur, *l. 1. in pr. h.* nostro seculo soloque, per annos viginti & amplius servatam vidimus Legem rigidissimam, ne donum, munus, aut xenia, legatis accipere liceret: donec id aliquando rursus in diversum invaluit.

2. Excipiuntur alioqui xenia, id est esculenta & potulenta, quæ Magistratibus & Legatis semper accipere licuit, sub moderatione prudentiæ decora, quæ præscribitur in *l. 6. §. 3. de off. Proconf.* Excipiuntur etiam exceptæ per-

(a) *Pos.* I.

* Ita quoque consuetudine Saxonica hæc pœna tantum locum habet in eo, qui falsam monetam cudit & expendit. Carpzov. *P. Crim. qu.* 41. *n.* 21. *seqq.* non in eo, qui format vel expendit, ex quibus hic fustigatur, ille gladio punitur. Carpz. l. c. n. 92. *seqq.* Multo minus ignis supplicium moribus nostris in eos statuitur, qui monetam auream vel argenteam resolvunt, licet Edicto Monetali Ferdin. *in R. I. d. an.* 1559. §. *Wir. ordnen.* 17. ita constitutum sit. Carpz. *d. l. qu.* 43. *n.* 18.

personæ, a quibus in infinitum accipere licet, ut habetur in *l.* 7. §. 1. *h. t.* Sunt autem exceptæ personæ, omnes cognati usque ad consobrinos *inclusive*, *juxta* uxorem. *l.* 1. §. 1. *h. t.* Quid autem hoc, *in infinitum*? Et quorsum illa exceptio a Lege repetundarum? An igitur ab exceptis personis capere licet Magistratibus, quo magis aut quo minus faciant officium suum? idque in infinitum? Ita memini fuisse qui serio contenderent, & consecutio regulæ atque exceptionis in *d. l.* 1. *&* *d. l.* 7. ita ferre videtur. Sed absurda res est, in cognatis licere scelera exercere, quæ non licent in extraneos. (b) Accipienda est exceptio de xeniis, quæ a cognatis sine mala suspicione capere fas, *in infinitum*, hoc est incerta & illimitata quantitate, quæ respectu aliorum limitatur, uti ne plus doni vel muneris in anno accipiant Magistratus, quam quod fit aureorum centum. *l.* 6. *in fin. h. t.* Hæc quantitas satis indicat, illam exceptionem de majoribus pecuniis non esse intelligendam, idemque evidentius inde colligitur, quod uxor inter exceptas personas numeratur, quam viro nihil, unde pauperior ipsa, locupletior ille fiat, donare posse, constat ex *tit. de donat. int. vir. & ux.* Quod igitur de exceptis personis Legi Juliæ Repetundarum subjicitur, non tam est exceptio, cum non habeat eosdem cum regula terminos, quam limitatio prohibitionis, ne quid accipiant Magistratus.

3. (c) Pœnam hujus delicti habuimus *ad Instit. d. loco*, scilicet extraordinaria, ut & ad mortem adsurgere possit. *l.* 7. §. *ult. h.* Præter quam est pecuniaria in quadruplum, *l.* 1. *C. h.* quæ & specialiter in venditores munerum publicorum statuitur, *l. ult. in fin C. eod.* quadruplo inter accusatores & fiscum dividendo. *l.* 3. *C. de Assessor.* Sed ἀπροσδόκητον, quod hæc quadrupli pœna transit ad hæredes, *l. ult. ad L. Jul. pecul.* quod alias fieri negatur, ut §. 1. *I. de Perp. & temp. Act.* Est hoc singulare publicis judiciis; quasi ipso jure commissum Pœnæ, vivo delinquenti inflictum, hæredes per consequentiam affligat, ita ut in publicatione bonorum. Moribus hæc pœna variat: Nundinatoribus officiorum honoris, apud nos pœnam infamiæ & *inhabilitatis* lex minatur, Edictum *d.* 3. *Mart.* 1647. Sed, ut dixi, *corrumpere & corrumpi seculum vocatur*, ut jam olim Tacitus dixit, Lex est, sed in tabulis recondita; Qua de re queri, valde otiosum ac inutile fuerit. Dicat *Horat.*

Quid tristes querimoniæ,
Si non supplicio culpa reciditur?
Quid leges sine moribus
Vanæ proficiunt?
Quis veterem audeat
Refrenare licentiam?

TIT. XII.

De Lege Julia de Annona.

(a) IN hanc legem incidit, qui per illicitas artes fecit ut annona fieret carior, cujus pœna *viginti aureorum* statuitur in *l.* 2. §. *ult. h. t.* Mirum est, adeo levem placuisse pœnam criminis, quod Romæ inprimis fuit periculosum, cum propter immensam populi multitudinem, tum quod Italia prædiis impleta voluptariis, minime tantum frumenti, quantum alendis hominibus requirebatur, proferret; Africa & Sicilia non immerito horreis populi Rom. appellatis. Hinc qui Ægyptum tenebat, unde subvectio, Italiam fame strangulare poterat. Quoties autem ventis & tempestatibus fieret, ut naves diutius arcerentur ab Italia, sæpius ad extremam ventum erit egestatem, & Neroni inexpiabilis orta est invidia, quod in ejusmodi fame publica, naves Alexandrinæ harenam luctatoribus aulicis attulissent. *Sueton.* Et tamen is, qui naves nautasque dolo malo retinet, dumtaxat eadem aureorum 20. pœna teneri dicitur. *l.* 2. §. 1. Sed addendum, quod *l.* 6. *pr. de Extraord. crimin.* docet, aliquando Dardanarios (sic appellantur annonæ insidiatores, forte ab aliquo nequam, cujus meminerit Apul. & Tertul. aut nationis Dardanicæ) relegari, & humiliores in opus publicum dari; adeoque præter pecuniariam pœnam, extraordinaria pro meritis circumstantiarum infligitur, cui mores hodierni consentiunt, etiam nostra Statuta *lib.* 2. *tit.* 6. de Monopolio, quod est annonæ flagellandæ medium, de quo nos egimus ad *tit. de serv. export. parte Præced pag.* 519. *n.* 3. nec minus aliarum gentium Leges, de quibus A. Matth. *ad h.*

(b) *Pos.* 5. (c) *Pos.* 2. *&* 3. (a) *Pos.* 1.

ad h. tit. cap. 2. Cæterum, in aliis Romana lex Dardanarios præcipuo jure persequitur, quando accusatores ejus admittuntur etiam mulieres, milites, famosi, & servi dominos suos deferentes. *l.* 1. *& l.* 3. §. *ult. h. l.* 13. *de Accusat.*

N. ADDIT.

In positionibus addiderat Auctor: Constitutione Car. V. capitalem esse pœnam, art. 113. Consti. Crim. *Sed cum adnotassem*, in d. art. 113. *non coerceri crimen annonæ, sed falsi speciem illam, quæ circa mensuram committitur*, (*de qua ipse auctor* posit. ult. ad L. Corn. de falsis *egerat*) *eam positionem hic expunxit*.

TIT. XIII.

Ad Legem Juliam Peculatus, & de Sacrilegis, & de Residuis.

I. Peculatus a quibus committatur. II. An committatur in rebus civitatis. III. Pœna peculatorum. IV. De Sacrilegio & ejus pœna. V. De crimine Residuorum.

TRria crimina præ se fert hæc Rubrica. Peculatus nihil est aliud, quam *Furtum pecuniæ* (unde nomen) *publicæ*, ut Festus definit; *non ab eo factum cujus periculo fuit*, ut sunt qui pecuniam suo periculo conduxerunt trajiciendam, & quicunque pecuniæ publicæ custodiam, hac lege ut tantundem restituerent, acceperunt. *l.* 9. §. 4. *h. t.* Tales enim simpliciter ad restituendam eandem pecuniæ summam, vel quantitatem aliam conveniuntur. Hujus legis argumento absolutus est aliquando minister cujusdam collegii in Frisia, qui a Provincia suppeditationem cespitum ustilium & candelarum pro certa pecuniæ summa, in usum ejus collegii receperat. Arguebatur candelas & cespites publicos aliis impertitus esse, & hoc nomine, præpropero judicio accusatus & ab officio remotus; a Curia vero suprema deinceps absolutus est, inquam, etsi de facto constaret. Quod si custodia ad aliquem cum præstatione culpæ dumtaxat, non omnis periculi, spectet: aut si is, qui de periculo tenetur, solvendo non sit, jam is sine dubio peculatus tenetur, & gravius quam cæteri, quo facit, quod Magistratus & Administratores publicarum pecuniarum, supplicio capitis adficiuntur, ut diximus ad *tit. I. de Publ. judic. n.* 12. ex §. 9. *d. tit. & l. un. C. de Crim. pecul.*

2. (a) Civitates aliasque universitates jure privatorum uti, constat, & sæpius auditum. Qui bona civitatum abusive publica dicuntur, cum sola, quæ Romani aut alterius liberi populi sunt, pro publicis habeantur. *l.* 15. *de V. S.* Hinc is, qui pecunias civitatis subripuit, furti reus est, nec peculatus accusari potest, *l.* 18. *de Furt.* sed huic accurationi, quæ Papinianum habet auctorem, refragantur Cæsares Trajanus & Hadrianus in *l.* 4 §. *ult. h. t.* ubi & hoc jure nos uti testatur Marcianus, ut in re civitatis sit peculatus. Papinianus tempore posterior est illis Cæsaribus, Marcianus Papiniano æqualis & posterior. Vixit enim sub Alexandro Severo, Papin. sub Caracalla cecidit. Tempore igitur Papinianus vincere non potest; auctoritate nihilo magis, contra duos Cæsares & Jurisconsultum. Quanquam enim Theodosius & Valentinianus constituerunt, ut ejus partis præcedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir emineat Papinianus, tamen ita visum est iisdem, ut singulos quidem vincat, cedat autem duobus. *l.* 1. *C. Theod. de Respons. Prud.*

3. (b) Pœnam habuimus alias, scil. deportationem, & aliquando capitalem, §. 9. *I. de publ. jud.* utique si dolus adsit: negligentia mitius punitur: In Curia Frisiæ vir nobilis Quæstor Provincialis, qui per nimiam socordiam a scriba ingentem pecuniæ vim passus erat auferri, ab officio remotus est, etsi a Proceribus in carcerem conjectus. *d.* 23. *Jul.* 1637. Postea quidam Janus Lucas, famulus Secretarii præfectorum ærarii, qui jussu Domini talsis nominibus pecunias ex ærario abstulerat, ut tamen de ipsius mala scientia non æque constaret, ad tempus relegatus est, ante *ferias Canicul.* 1680. Dominus ejus fuga se subduxerat; ex rigore legis uterque fraudis convictus capitis tenebatur, ut dictum *ad Inst.* De pecunia surrepta, tenentur etiam hæredes peculatorum. *l. ult. h. t.*

4. (c) Alterum crimen est Sacrilegium, quod est Furtum rei sacræ vel publicæ. *l.* 9. §. 1. *h.* Sacrum, id est consecratum, qualia ple-

(a) *Pos.* 3. (b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 2. & 1.

plerumque in templis sunt. Unde locus sacer dicitur improprie, ut res sacra sit, *l.* 16. §. 4. *de Pœn.* quia vasa & instrumenta ejusmodi in aliis locis profana sunt, ut plurimum. Noli autem credere, privatas res in æde sacra depositas fieri sacras; id enim secus est, *l.* 5. *h. t.* nec id arguit *d. l.* 16. §. 4. ut quidem videtur, etsi aliis loca videantur contraria, ut A. Matth. *ad h. t. c.* 3. *a pr.* Pœna sacrilegii capitalis est *d. l.* 9. *pr.* & *l.* 6. *eod.* Quia vero consecrationes ex simplicitate Evangelii non fiunt amplius, nec adeo proprie loquendo res sacras habemus, præter verbum Dei & sacramenta quæ dicuntur, ut reliqua sint quasi sacra, quemadmodum probavimus ad *Instit. tit. de Rer. Div. pag.* 87. sequitur, etiam proprie nullum amplius dari sacrilegium; sed *quasi tale*, qua tamen parte secus tenent, quicunque Romana sacra profitentur, neque Thomasius consentit *ad posit.* 2. *h. t.* sed diximus *in loco citato.* (1) Improprie igitur sacrilegia sunt hodie Furta rerum piis usibus destinatarum, quales sunt eleemosynæ; quarum fures gravius equidem puniuntur, quam qui res alias abstulerunt; Plane, sicut sacrilegium latiore vocis usu sub peculatu comprehenditur, *l.* 9. §. 1. & 2. *h. t.* ita nihil vetat, fures rerum quasi sacrarum hodieque sub peculatoribus complecti: quin res illæ ad cultum publicum spectant, eoque referendæ sunt etiam eleemosynæ; * quæ ad publicos usus pauperum alendorum, in publicum redactæ sunt. Ac ideo sic statuendum est; Rerum ad Ecclesiam spectantium furta, pro peculatu esse habenda, eodemque fere modo punienda, hoc est extra ordinem, pro modo facti, & aliquando personarum. Accidit in quadam civitate Frisiæ, ut Pastor Ecclesiæ Diaconis opem ferens in secernendis diversi generis pecuniis, bonam partem subduceret. In quo flagitio ἐπ' αὐτοφώρῳ deprehensus, & adhuc ausus concionari, deinde captus, & tamen defunctus est gravi mulcta exilioque perpetuo. *anno* 1643.

5. (d) In Rubrica est adhuc crimen Residuorum, quo tenetur, qui pecuniam publicam in aliquos usus delegatam retinuit, neque in eos adsumpsit, & mulctatur tertia parte amplius quam accepit, *l.* 4. §. 4. & 5. *h.* & is, apud quem ex locatione, emptione, aliave causa, pecunia publica resedit, *l.* 4. §. 3. si apud ærarium eam non est professus, vel si professus retinuit ultra annum. *l.* 9. §. *ult. h.* Quominus tamen & heic pœna gravior extraordinaria infligi possit, dubium non est, ac ita servatur, quumodo qui superiore bello Gallico vehiculis castrensibus erat præpositus, quod minus illis impendisset quam a Provincia acceperat, damnatus ad restitutionem ejus quod subduxerat, atque ad septennium relegatus est. Nam triplo plus aut quadruplum, sicut in privatis delictis non est in usu, ita nec in publicis judiciis amplius exercetur.

TIT. XIV.

De Lege Julia Ambitus.

I. De Origine Legis in Ambitum. II. An hæc abolita sit per l. un, C. de Suffrag. *III. In Urbe Romana quatenus cesset. IV. Pœna hujus criminis. V. De moribus & usu.*

(a) HÆc lex coercet ambitum honorum & dignitatum. Sed mirum videatur, inter crimina recenseri morem antiquum Romanæ Civitatis, in quo præcipuum jus populi elucebat; Ut qui peterent honores candidati, populum ambirent eosque prensarent, atque a singulis suffragium blande peterent: Id enim esse ambitum, nemo ignorat, eaque de re videri potest Cicero *in Orat. pro Consul. Epist. ad Att.* 1. & *passim.* Sed corruptis moribus institutum populare penitus perversum est, ut prensationi honestæ largitiones accederent, tam effusæ & impudentes, ut mensis publice collocatis pecuniæ distribuerentur, &, cum argento res decidi non posset, ad vim & pugnas ventum sit creberrimas, adeoque sine modo, ut bene cum populo Rom. actum iri judicaretur, si in pejus malum quam unius imperium non

(d) *Pos.* 5. (a) *Pos.* 1. 2. & 5.

(1) *Recte a Novatoribus dissentiunt, qui Romana sacra profitentur, falsum enim consecrationes simplicitati Evangelii non convenire, uti pretendit Auctor ex principiis Sectariorum. Adde quæ notavi ad.* inst. pag. 87.

* Jure Saxonico Rei Sacræ ex loco Sacro ablatio, coercetur supplicio rotæ, etiamsi nulla Effractio accesserit, aut sacrarum Eleemosynarum arcam quis effregerit, atque inde pecunias subtraxerit. Ill. Menckenius *ad h. tit.* §. 6.

non incideret, ut recte Plutarchus *in vita Cæsaris* observat. Nec potuit aliter vis legibus addi quam per *Julium* Cæsarem, *μοναρχοῦντα*, qui legem de *ambitu* tulit, quem ipse prius ardentissime violentissimeque in Consulatu & alias semper, ut Suetonius & Plutarchus referunt, exercuerat. Etiam Augustus adversus ambitum sancivit, ut Dion *lib.* 54. testatur. Scilicet, tum populus adhuc reliquias antiquæ potestatis habebat, quibus a Tiberio extinctis, postquam *e Campo*, in quo populus conveniebat, in *Curiam*, hoc est ad Senatum, *comitia transtulerat*, ut Tacitus refert 1. *Annal. c.* 15. desiit Julia Lex in urbe locum habere, quia Princeps, ad quem Magistratuum creatio, procul a populi favore, pertinet, accusari non potest, nec qui a Principe dignitates adepti sunt, consequenter. *pr. h.t.* Sed corruptiones aulicorum, a bonis principibus sæpe coercitæ, tandem eo perruperunt, ut optimus Princeps Theodosius cum filiis suis, non modo passus sit impune tentari pretio suffragia amicorum, qui circa latus Principis sunt, sed etiam, si quid aulicis promissum esset, his ultro certi condictio e suffragio daretur. *l. un. C. de Suffragio*.

2. (b) Qua constitutione Legem ambitus abolitam esse, quidam volunt, quos inter Ant. Matthæus *tract. de Crim. ad h.tit. c.* 1. *n.* 3. *in fin. & n.* 4. quod mihi non videtur; Nam Theodosius & Valentinianus in *l. ult. C. ad L. Jul. repetund.* sanciunt, ut qui honores per Augustos vel præfectos Prætorio consequentur, *jurati inter gesta deponant, se pro administrationibus sortiendis neque dedisse quidquam, neque daturos unquam fore, sive per se, sive per interpositum &c.* addita in transgressores *quadrupli pœna*, non modo adversus accipientem, *sed etiam adversus dantem*. Imo Honorius & Theodosius Junior, exilii pœnam statuunt in collectarios, qui honoris pretium dederint *ambientibus*, ut demum per *Nov.* 8. quod vult D. Matthæus *d. n.* 4. restitutam esse Legis Juliæ pœnam, nihil opus sit contendere. Quid igitur ad *d. l. un. C. de Suffragio*? Non loquitur de ambientibus honores, *sed de explicantibus desideria sua*, circa res *patrimoniales*, & beneficia principalia super bonis suis impetrata, ut ex *pr. & fine d. l. un.* manifestum est. Satis insolens tamen etiam ista Constitutio, pro laude Theodosii: Sed nihil quo Legi Juliæ de ambitu, *quæ vetat honores corruptis suffragiis peti*, *l. un.* §. 1. *h. t.* derogetur.

3. Hinc patet, etsi in urbe Romana cessaverit ambitus crimen, ut Modestinus scribit in *d. l. un. pr.* atque ad municipia deinde relegata sit accusatio, §. 1. Constantinopoli tamen, & consequenter etiam tum in urbe Roma, reos ambitus & accusatos & punitos fuisse, per *d. l. ult. C. Repetund. & l. pen. C. de cert. pet.* (c) Non abrogato etiam quod est in §. *ult. h. t.* quæ docet, incidere in hoc crimen, qui reus vel accusator domum judicis ingressus est. Quod autem in §. *pen. h.* qui nova instituit vectigalia, in hoc etiam crimen impingere dicitur, magis proprie ad Legem Juliam Majestatis refertur.

4. (d) Pœna Legis Juliæ Deportatio fuisse videtur, ut innuit lex *un. C. h. tit.* etsi Augustus eos, qui largitionibus Magistratum petiissent, quinquennio ab honoribus vacare jusserit, ut Dion. *in d. lib.* 54. testatur. Ex Lege Julia Judiciaria & Senatus C. est pœna centum aureorum, *l. un.* §. 1. *& ult. h.t.* ex *d. l. ult. C. Repetund.* pœna quadrupli ejus quod datum fuerit; denique ex *Nov.* 8. *c.* 7. confiscatio bonorum & exilium, cum pœna corporali. Sed liberatio a pœna, non restitutio pecuniæ, datur ei qui alium ejusdem criminis convicerit. *d. l. un.* §. 2.

5. Mores variant, Apud nos contra ambientes & officia ementes, nihil speciale constitutum est. Ideoque arbitraria pœna erit, non excedens utique pœnam Repetundarum. Impunitum enim id esse de jure, non potest dici, & patet ex eo, quod Ordines Frisiæ anno 1663. constituerunt, ut si quis per viginti annos officium publicum administraverit, id in alium, dato aliquo vel promisso, transferre possit. Ergo cæteris non erit impune. Sed quia Lex Julia Repetundarum dormit, Julia Lex ambitus cessat multo magis, non tantum in *urbe*, quod ait Modestinus, sed in *orbe*, quod docet experientia. Quamvis autem pœna Legis & infamia juris cesset, facti tamen infamia apud bonos valet. Dumtaxat officia scribarum, militarium, qui singulis dantur centuriis ad curanda stipendia, pridem hab ita sunt apud nos, fere ut *militiæ* apud Romanos, quæ vendi poterant, & de quibus aliquid dictum ad *tit. Qui pot. in pign.* Nec adeo Curia, quæ de conventionibus ad ambitum pertinentibus jus non dicit, jam olim inter privatos de illis jus

(b) *Pos.* 6. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4.

jus dicere recusavit, in causa *Margriet van Andringa*, contra *Folkert Jans Plamejoes*, eademque fere *inter alios*, *d.* 15. *Jul.* 1636. scilicet, non ubi de venditione munerum illorum ageretur, sed de præstationibus inter socios aut cohæredes ex post facto. Nam de contractibus ipsis, quibus venditores emptoresque inter se obligantur, nulla datur actio petitioque, nisi quatenus non excedit summam xeniis præscriptam, quæ est centum aureorum in anno. Sic Curia jus dixit, de pacto inter Candidatos Præturæ cujusdam initio, quo placuerat, ut qui Præturam obtineret, singulis Candidatis daret aquatile argenteum, non excedens pretium centum Ducatonum argenteorum, *ante ferias Pentecost.* 1680. Sequentibus feriis simile pactum adjudicatum est ad centum Imperiales.

TIT. XV.

De Lege Fabia de Plagiariis.

(a) QUi hominem liberum, sciens, dolo malo, invitum emit, vendit, celat, vinctum habet, alienumve servum dolo malo supprimit, aut fugitivum vendit, *l.* 2. *h. l.* 6. *C. h. t.* plagiarius est, in liberis indistincte, in servis, si non adsit furandi animus, qui facit Furtum. *l.* 6. *j. pr. h.*

(b) Pœna variat pro circumstantiis. *l. ult. h. t.* Hodie tamen maxime capitalis *l. fin. C. h. t.* Deuter. 24. ℣. 7. Usus hujus criminis minus est frequens hodie quam fuit olim, cum servitutis usus faceret operæ pretium in auferendis hominibus; eamque hominum venationem tanquam ἀνδραποδισμός, lucri exercendi speciem, improbare non videtur Aristoteles *lib.* 1. *Polit. c.* 4. Non male, si fieret in validos vagantes, fæcem & purgamenta generis humani; pessime, si fieret in alios innocentes.

TIT. XVI.

Ad SCtum Turpillianum, & de Abolitionibus Criminum.

I. Sententia SCti. II. Abolitio quid & quotuplex. III. Vitia diversa quæ circa accusationes committuntur. IV. Mores temporum & usus.

(a) IN hoc SCtum incidit, qui non impetrata abolitione in universum ab accusando destitit, puniendus extra ordinem cum infamia, *l.* 1. §. 1. *&* 7. *& l.* 13. *h. & l.* 2. *C. h. t.* quinque etiam auri librarum meminit *l.* 3. §. *ult. de Prævaricat.* quæ & privatum hoc esse crimen indicat.

2. (b) Abolitio est exemptio reorum a crimine. Et est duplex, publica vel privata. Publica, ob diem insignem, aut gratulationem publicam, *l.* 8. *h.* daturque invito etiam reo; qui tamen intra dies 30. denuo ob eodem vel ab alio accusari potest. *l.* 7. *l.* 10. §. 2. *& l.* 12. *h.* Privata abolitio fit actore postulante, quem accusationis pœnitet. Concedi solet propter errorem, cognationent, ætatem. *l.* 2. *C. de Abol. l.* 16. *& l.* 30. *C. ad L. Jul. de Adult.* Hæc invito reo, maxime si vinctus, aut tortus sit, vix conceditur. *l. ult. C. de Abol.* Qui vero hanc privatam impetravit, is amplius accusare non potest, *l.* 3. *& l.* 4. *C. h. t.* nisi ex indulgentia Principis. *l.* 1. *C. de abol.* Alius potest intra dies 30. utiles, *l.* 3. §. *fin. de Accus.* Sed & graviorum criminum reis plane non prodest. *l. ult. C. h. t.*

3. (c) Notetur, esse diversa circa accusationes vitia, quæ veniunt vel ex parte accusatoris, vel ex parte rei. Ex parte accusatoris, calumnia, prævaricatio, tergiversatio. *l.* 1. *pr. hic.* Calumniator est, qui falsa crimina sciens & dolo malo intendit. *d. l.* 1. §. 1.

Qui in judicio publico calumniatus est, infamia notatur, *l.* 1. *de His, qui infam. not. l.* 8. *C. de calumniat.* & pœna talionis afficitur, id est, quam reus passurus erat, si convictus fuisset. *l. ult. eod.* Qui in privato judicio est calumniatus, extra ordinem, pro qualitate admissi, plectitur. *l.* 3. *hic.*

Sed quidam sunt, de quorum calumnia quæri non solet, nec licet, *l.* 15. §. 2. *hic*, ut puta mater, quæ filii necem vindicat, *l.* 2. *C. de Calum-*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. *&* 3. (c) *Pos.* 4. *& seqq.*

Calumniat. qui paternam mortem ulciscitur, *l.* 4. *C. eod.* maritus, ut *sup.* & similes.

De Nunciatoribus publicis constitutum est, apertam eorum calumniam impunitam esse non debere. *l.* 7. *C. de Accusat. l.* 6. §. 3. *hic.*

Prævaricator est, qui cum reo colludit. De eo dixi supra *lib.* 47. *tit.* 15.

Tergiversator est, qui in universum ab accusatione desistit, *l.* 1. §. 1. *h.* de quo est Sc. Turpil.

4. (d) Cum hodie privati raro accusent, vix est ut SCti Turpilliani locus aut usus supersit.

S c h o l i u m.

Est tamen. Vide præjudicium ap. Schilt. §. 153. *At abolitiones quod concernit, loco earum hodie obtinet indulgentia & aggratio Principis.* Vid. Struv. h. t. th. 89. Conf. Wissenb. h. t. th. 3.

R e s p o n s i o.

Nos etiam alibi diximus, non esse penitus privatorum accusationes prohibitas, sed cum rarissime exerceantur, facile obtinemus quod in positione scriptum est.

Ex ratione juris communis, Procuratoris generalis officium, quod in locum privatarum accusationum successit, multo minus ferre videbatur, ut is ab accusationibus institutis sine decreto publico desisteret. Sed aliter fert ratio temporum, nihilque frequentius usu venit. Verum est interim, Procuratorem generalem non posse desistere ab accusando, si reus innocentia sua fretus urgeat causam, nec est dubium, quin ad finem usque litem prosequi deberet; idque SCto Turpilliano maxime prospectum videtur, ne quis ita desisteret, ut prosequi non cogeretur, quemadmodum e textibus superius adductis intelligi potest.

T I T. X V I I.

De Requirendis vel Absentibus damnandis.

(a) Ut rei criminum damnentur, opus est præsentia illorum: absens enim nemo punitur, etsi crimen sit manifestum, *l.* 1. *pr.* & §. 1. *h.* quod secus in praxi, pleraque Europa; apud Frisios jus civile servatur; utique, si jam semel se stiterit, peragi judicium potest. *l.* 5. *pr. de Pœn.* Sand. *lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 2.

(b) Reo non deprehenso, bona ipsius annotantur, publicanturque, si intra annum se non defendat, quem in finem citari debet. *l.* 1. §. 2. & *seqq.* Annus autem currit, ex quo per edictum reus est citatus, *l.* 4. *pr.* vel a die accusationis, si initio præsens fuerit, *l.* 2. ubi, *in judicio petitus*, *C. h. t.* Cum autem publicatio bonorum jure novissimo cesset, *Nov.* 134. *c. ult.* sequitur, adnotationem quoque cessare bonorum, ut sane apud nos quoque cessat.

(c) Ad defendendam tamen innocentiam reus omni tempore potest admitti, *l.* 4. §. *ult.* sed bona non recuperantur. *l.* 5. *pr.* Quod si reus intra annum moriatur, bona ad hæredes transmittuntur. *l.* 1. *inf. h.*

(d) Viginti quoque annorum præscriptione fiscus plane excluditur, *l.* 2. §. 1. ut & omnis accusatio ac pœna. *l.* 2. & 3. *h. l.* 12. *C. ad L. Corn. de Falf.* Interrumpitur illa præscriptio per in jus vocationem. Sand. *d. def.* 2. *in fin.*

(d) *Pos.* 10. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4.

TIT. XVIII.

De Quæstionibus.

I. An Quæstio per tormenta sit licita. II. Quæ sint ejus requisita; & primum exponitur. III. Ut & secundum. IV. Cujusmodi indicia ad torturam sufficiant, positive & negative. V. Modus quæstionis & tormentorum. VI. Vitia tormentorum. VII. Comparatio tormentorum nostratium & Romanorum. VIII. Quid si in negatione reus persistat. IX. Post tormenta, an reus a crimine, an tantum ab instantia sit absolvendus. X. Quid si reus, in tormentis, paratus sit confiteri. XI. Quid si bis tortus & confessus, revocet. XII. Quinam a tormentis excusentur.

QUando reus ex vinculis causam dicit, accidit aliquando, ut quæstio de illo per tormenta instituatur, de quibus primo quæritur, an justum sit torquere non convictos; qua de re mirari licet merito, gentium temporumque fere omnium, præter Hebræos, usum esse adfirmativum; pro negativa plerosque viros doctos, non modo Theologos, sed etiam aliquos esse Juris Consultos, interque eos utrumque Præceptorem nostrum, Ant. Mattheum ad *h. tit. c.* 3. & Wissenbachium *h. tit. n.* 13. ut nec defuerint, qui ad hanc necessitatem evitandam, amplissimas Judicum dignitates recusaverint; quos inter fuit Vir Cl. *Henricus Schotanus*, Juris olim in hac Academia Antecessor, quem oblatum Senatoris in Suprema Curia locum, (ad quem tunc eligi Professores, non erat insolens) hac causa subterfugisse refert Arnoldus Vinnius in Oratione, qua Bernardo ejus filio parentavit Lugduni Batavorum. Cæterum, præceptores nostri hanc quæstionem postremo loco tractant, nos id primo breviter expediemus. Et quo minus ad negantium argumenta, quæ plurima & prægnantia sunt, ordine respondere necesse sit, dicemus, solam necessitatem usum Quæstionis per tormenta defendere; * quod alioqui scelerum impunitas Reipubl. intoleranda foret, extra quam fieri non posset, ut tanto gentium humanissimarum consensu recepta foret. Cui accedit, ὁμολογία πόλεως, *fœdus civitatis*; quo leges in quaque Reipubl. receptæ, communi civium consensu approbatæ videntur, qua de re *ad tit. ff. de Legibus n.* 2. egimus. Sic adeo statuendum est, Quando in aliqua lege antiquanda plus est mali, quam in perferenda commodi, primos Reipubl. conditores, & qui dein adfluxerunt, in legem consensisse videri; quod de quæstione non habet dubium, quatenus impunitas delictorum, quæ non plene probantur & plerumque sine arbitris committuntur, multo plus incommodi, quam periculum ne innocentes torqueantur adfert in Rempubl. Pluribus hoc adstruximus in *Jurisp. Hod. part.* 2. *lib.* 3. *cap.* 22. *a pr.* Præsertim, quia, si requisita Juris, quæ in Quæstione per tormenta Legibus prodita sunt, diligenter observentur, vix unquam fieri queat, ut innocentes adfligantur.

2. (a) Hæc autem tria esse videntur, ut grave sit crimen, ut veritas aliter nullo modo investigari possit, ut indicia adsint verosimillima, nihil ut præter confessionem deesse videatur. Primum & secundum requisitum est in *l.* 8. *h. t.* tertium in *l.* 1. §. 1. *h. & l.* 8. §. 1. *C. h. t.* De genere criminum, ratio non patitur, ut torqueatur, cujus pœna non sit futura gravior quam tormenta quibus elicienda sit confessio; Proinde si pœna non sit ultra relegationem, non est utendum tormentis. A. Matth. *ad h. t. c.* 3. *a pr.* Carpz. *Cr. Qu.* 117. *n.* 8. *& seqq.* Idque apud nos servatur, quomodo, me referente, absolutus est homo sine tormentis, qui duas puellas impudice fœdeque contrectasse ac adhibuisse arguebatur: Etsi ad torquendum argumenti satis erat, quia tamen factum ultra relegationem esse non judicabatur, eculeo non visum fuit utendum. *ante ferias Pentecost.* 1680.

3. Ex

(a) *Pos.* 1.

* Anceps judicium est *de Torture ex Foris Christianorum proscribenda*. Exhibuit argumenta affirmantium in compendio *Dissertatione inaugurali* Martinus Bernhardi, *Halæ* 1705. præside Ill. Thomasio, qui tamen in adjecta Epistola, sibi nondum liquere, merito ex usu forensi fatetur.

3. Ex secundo requisito mores eorum, qui vel confessos in jure, vel tabulis & testibus convictos, adhuc, ut confessionem eliciant, torquent, (quod multis in locis, in vicinia quoque fieri, constat) redarguuntur. Nec utendum tormentis, quando præcipuum crimen est probatum vel confessum, ad eruendam reliquorum veritatem; cum minora delicta majorem pœnam reo conciliare vix possint: Ideoque tum satius est, reum statim condemnari, atque ita fit. Quo autem exploretur, an veritas aliter haberi queat, ad tormenta non aliter quam causa cognita proceditur, reoque omnis sui defendendi copia & licentia datur. Non est tamen a ratione juris aliena exceptio, quam Statuta nostra suppeditant; mendicos, cingaros, & vagabundos, si criminum merito suspecti sint, equuleo admoveri posse, *lib.* 2. *Stat. tit.* 8. *art.* 5. nulla quidem *processus* sive causæ cognoscendæ mentione facta, quam nec Curia adversus illos adhibet. Exemplum subjiciam. Quidam honesti nominis & familiæ Studiosus erro, literas falsas circumferens, postulabat eleemosynas. Cum suspectus esset furti & effractionis, statim tormentis adhibitus, & statim confessus est *anno* 1679.

4. (b) Si crimen, quod satis sit, legitime non probetur, quod etiam ex indiciis & argumentis indubitatis fieri posse demonstravimus *ad tit. de Probation.* sed tam verisimilia argumenta adsint, ut judex sibi vix persuadere queat, reum non esse reum, locus est tormentis. Qualia vero debeant esse indicia & argumenta, præter id quod dictum est, in summa tradi non potest. Textus πληθυντικῶς in numero plurali loquuntur, *d. l.* 1. §. 1. *h. & l.* 8. §. 1. *C. eod.* unumque vix est ut sufficiat: ne quidem etsi testis unus, quo non potest esse majus in probationem indicium, producatur, *l.* 20. *h. t.* nempe, si nulla de circumstantiis rerum, temporis & personarum adjutantia argumenta colligi possint, ut vix unquam usu non venit. Idem de confessione extrajudiciali, de variatione confessionum rei, declaratione eorum ad quos injuria criminis pertinet, de quibus aliisque pluribus, ut & de fuga, fama, fluxu sanguinis, *ad tit. de Probationibus, Præsumptionibus & Testibus* actum, & de quibus prolixe Carpz. *Cr. Qu.* 120. & *seqq.* Indicia vero, quæ ratione non constant naturali, placet admittenda non esse, qualis supernatatio in flumine mulierum veneficii diabolici suspectarum, cujusmodi historiam ex Anglia transmissam & magnificatam, nuper exagitavit D. Beckerus *alias* laudatus, & quod in Germania quoque jam pridem a prudentioribus improbatur, etsi vulgus ejusmodi rebus maxime capiatur. Carpz. *Cr. Qu.* 122. *n.* 69. Adde, confessiones ipsarum sagarum, quod baculis aut hircis insidentes per aerem vectæ sint, cum diabolo rem habuerint, cum aliis multis epulo choreisque diabolicis interfuerint, cujusmodi confessiones ipse in Curia Marpurgensi audire memini; quod contrectatione subita generationis instrumenta subducta fuerint; cujusmodi exemplum ante aliquot annos commissum in vectoria nave, quæ Amstelodamo Harlingam commeat, ingentem edidit strepitum, ut is, qui arguebatur, in vincula sit conjectus: convictus ille, ni fallor, & aliqua pœna adfectus ob fœdam consuetudinem, sed minime ut magus: nec forte quis illum accusatorem non jure meliori torquendum dixisset, an non improbe tanti sceleris accusationem commentus esset, quam alter, an ex tali specimine Magus esse credendus foret. Sed infinita est horum indiciorum varietas, eorumque dijudicatio Judicis arbitrio committenda, cui sedere debet hoc præceptum, Indicia debere esse tam prægnantia, ut sola rei confessio deesse videatur. *d. l.* 1. §. 1. In cujus moderaminis excessu revera consistit omne malum, quod Torturæ communiter ipsi imputatur.

5. (c) De quæstione per tormenta decreto judicis interposito, * modus torquendi considerandus. In quo administrando distinguenda est a Quæstione Tortura; licet hæc concise loquendo sub Quæstione comprehendatur. *Rub. h. & ad tit. C. de Quæstionibus.* Quæstio fit secundum articulos ab Accusatore, ut hodie est, a Procuratore Generali conceptos; a Judice, verbis gravibus & severis, non crudelibus, nec a commiseratione subinde alienis. Negantibus carnifex & instrumenta torquendi adhibentur, primo terrendi, & aliquando hac causa dumtaxat, ut in feminis infirmioribus, aut indiciis minus violentis. Modus ipse torquendi admodum varius est, nec a judicis arbitrio genus ipsum pendet, cum publice in quaque civitate sit receptus & stabilitus: de omni

* Secundum *Ref. Grev. d. Ann.* 1609. *gr.* 5. Judex nunquam torturam potest decernere, nisi prius consilium adhibuerit Jurisperitorum. j. Carpz. *Pr. Crim. qu.* 106. *n.* 22. *sq.*

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 6.

omni genere tormentorum infinita oratio est; loquantur Carpzovius, Damhouderus, & alii criminalium scriptores.

6. Plane facilius est dicere, qualia non esse debeant, quam certi præscribere quidquam. Recte æstimantibus hæc vitia abesse debent: I. Ne sint modi *deformes* & *barbari*, ut si mulieres ab uberibus, viri a pudendis suspendantur; si mures aut glires corpori nudo sub vase imponantur, & igne superimposito ad rodendum adigantur, aliique modi infandi, de quibus Damhouderus *prax. crim. c.* 37. *n.* 18. II. Ne sint crudeles, ut candentes atque *stridentes flammis laminæ*, ut Prudent. *in Hymn. Vincent.* aliaque ingeniosa sævitiæ instrumenta, de quibus Carpzov. *Cr. Qu.* 117. *n.* 38. III. Ne sint nimis diuturna; velut si per integros dies & plures, in tormentis habeantur. Id enim morte acerbius, *Quippe qui se ultro morti offerant, facilius reperiuntur, quam qui dolorem diu patienter ferant*, ait apud Cæsarem Critognatus Arvernus; quod gnarum Ludovico Regi, quando reformatos non suppliciis peremptoriis, sed vexationibus tormentisque finem vix habentibus, ad defectionem adegit. (1) IV. Nec corpus in futurum & perpetuum inutile reddant, mutilatione, vel dislocatione graviori. V. Ne incidant in aliquod supplicii ordinarii genus. Qua ratione verberatio virgarum, quam laudat in hunc usum Damhouderus *d. cap.* 37. *in fin. edit. gall.* & cui cætera requisita non male conveniunt, non potest admitti.

7. Sed illa quinque requisita convenire videntur in instrumenta, quæ apud nos in usu sunt; habentur autem tria. I. Forcipes, quibus reorum pollices comprimuntur. II. His simile instrumentum, quo tibiæ contorquentur. III. Equuleus, id est scamnum, in quo Reorum pedes & brachia retorta extenduntur, idque diversis gradibus, citra dislocationem tamen. His Romana instrumenta longe duriora fuerunt; equuleus, qui fuit catasta lignea cochleata, cui brachia retorta pedesque Rei fidiculis alligabantur. Tum intento cochleis equuleo, in altumque erecto, reus quasi ex cruce pendebat, ossium compage dissoluta, tergo lateribusque per ungulas ferreas & laminas candentes verberatis laceratisque. *l.* 7. *C. de Malef. & Mathem.* Prudent. *d. Hymn.* Sigon. *de Judic. pop. Rom. c.* 17. * Si quis roget, utra præstent, nostratia præferre non dubitem. Etenim Quæstiones per se odiosas, acerbitate modi & sævitia intendere non oportet. Etsi quanto acriora torquendi instrumenta sint, tanto facilius elici veritatem, dubium non est; sed hoc non est agendum, ut reus non possit non fateri, licet insons. Tametsi verum sit, nostræ quæstionis tormenta, ut plurimum, etiam a feminis sustineri; ut ad quæstionem damnari, si non mollior sit reus, parum absit, quin tantundem atque absolvi esse videatur. Quanquam & artes quædam esse credantur, quibus dolor eludi queat. Apud Curiam nostram tortum memini quendam facinorosum *Harmen de Wijse*, qui primum dolorem tulerat, postea novis indiciis iterum equuleo impositus, cum maxime intenderentur fidiculæ, in somnum incidebat, ut sonore sterteret; remissione facta excitabatur. Intentis, iterum stertebat, quod ad finem usque durabat, *anno* 1630. Alia Tylenses in Gelria similem historiam de Baggermanno quodam sicario retulerunt. Cujusmodi artibus impediendis non est de nihilo, quod alicubi moris est, ut tempore matutino jejuni torqueantur, cum apud nos fiat post cœnam, nec quod sciam valde curetur, ut vacuo sint ventriculo, secus ac monet Carpz. *Cr. Qu.* 126. *n.* 5. *& seqq.*

8. (d) Quæstione peracta, si reus in infitiis perstiterit, repeti potest Quæstio per tormenta, *quando evidentioribus argumentis oppressus est maximeque si in tormenta corpus animumque duraverit. l.* 18. §. 1. *h. t.* Quod communiter de argumentis post prima tormenta supervenientibus intelligunt. Idque nostri servant eo libentius, quod repetita tormenta nullo modo ferri posse videntur. Alibi tamen secus observatur, & hi ad tertiam Quæstionem, ubi reus bis sustinuerit, ita procedunt, si nova provenerint indicia; qua negative tolerata, sequitur absolutio. A. Matth. *ad h. tit. c.* 4. *n.* 14. Nostri ad secundam transeunt, ubi nova reper-

(d) *Pos.* 5.

(1) *Scimus Ludovicum Regem edictum Nannetense revocasse, & plures ex protensis Reformatis in exilium egisse, noverat enim quantas turbas hæc secta in Galliis suscitasset, quantaque timenda forent, si aliquando post ipsum Rex minus potens sceptro potiretur. Jussu regis aliquos tormentis vexatos fuisse, nusquam probabitur; quod si forte excessus hinc inde commiserint milites, hi certe detestandi, et non Ludovico imputandi sunt.*

* Invenimus autem Hatton. Magium Anglarensem *de Equuleo*, ut cum not. Goth. Jungermanni & Appendicibus editus est. *Amst.* 1664. 12.

reperta fuerint indicia: qua tolerata, nunquam, ut puto, ad tertiam procedent, * nisi aliter in atrocissimis fieri queat, ut Carpz. *Cr. Qu.* 125. *n.* 55.

9. Sed quæstionis est, an post tormenta reus sit absolvendus a crimine, an ab instantia dumtaxat, ut deinde repeti possit ex causa. Rationes pro & contra ponderat D. Matthæus in *d. cap.* 4. *n.* 16. & concludit pro absolutione a crimine, quæ totalis est. Sed distinguendum videtur ita, quemadmodum Curia nostra servat: Ut ex genere naturaque indiciorum, & quatenus judici sedet persuasio de reatu, rei modo a crimine, modo ab instantia dumtaxat absolvantur.

10. (e) Si Reus in tormentis, confiteri se velle dicat, liberatur ab instrumentis doloris, & confessio sedentis ejus ad singulos facti articulos ordine scribitur, eique fides ita habetur, si nihil in ea suspectum & a veri specie alienum reperiatur. *l.* 1. *pr.* & §. 4. *l.* 10. §. *pen. eod.* Moribus, ubique fere receptum est, ut Reo dein post 24. horas aut ultra Confessio prælegatur, ejusque *ratificatio*, ut ajunt, exigatur. A. Matth. *d. c.* 4. *n.* 11. Carpzov. *Cr. Qu.* 126. *n.* 26. Hoc institutum ut jure Civili ignotum, ita nec apud Curiam nostram servatur, sed tacens deinceps pro consentiente habetur. Quod si revocet confessionem, tormentis denuo subjicitur, & si tunc iterum factam confessionem revocet, tertium torqueri potest; dein absolvendus est. A. Matth. *d. c.* 4. *n.* 12.

11. (f) Sed perplexa res est, si reus juris aut moris conscius, ad effugienda tormenta statim fateatur crimen & postridie revocet. D. Matthæus ad hunc casum ait ita; *Ne eludat hoc commento tormenta, nihilominus torquendus est.* *n.* 13. Quomodo, si fateatur, nihilominus torquebitur? Non potest; At tormenta repetuntur secunda vice. Bene est. Tum vero facit idem, confitetur & postridie revocat. Quid tum? Repetetur Quæstio tertium? Intelligit reus, idem si faciat, absolutionem secuturam: Certo igitur idem faciet. Quid ergo? condemnandus, an tertium tormentis adhibendus, id est absolvendus erit? Accidit ille casus apud Curiam nostram in reo, qui Pagum Frisiæ Collumanum, e quo incolæ, metu hostium Groningam obsidentium *anno* 1572. aufugerant, incendisse credebatur, ut aliquot domus consumerentur. Callidus & juris homo non ignarus, ita ut dictum, in Quæstione instituerat, ea via sibi parans absolutionem. Bis confessus in tormentis, bis revocaverat. Argumenta erant fortissimæ præsumptionis, nec judices de facto dubitabant, Confessiones ejus cum circumstantiis, de quibus constiterat, optime conveniebant. Visum est prudentissimis Dominis, esse condemnandum hominem, qui viam alioqui paratam quæstionibus eludendis & promiscuam invenerat. Sic etiam Scabinos Lipsienses solitos respondere scribit Carpz. *d. Qu.* 126. *n.* 55. Ipse tamen ad pœnam eo casu inclinat extraordinariam; Plane, si multorum gravium virorum judicium ex præsumptionibus & indiciis acquiescat, in credendo reatu, probatione licet non perfecta, hanc sententiam sequi licebit. Si minor sit evidentia, tutius sit, reum extra ordinem puniri, quo casu locum habeat, *argum. l.* 5. *de Pœn.*

12. (g) Jure Civili sunt nonnulli, quos torquere non licet. Torqueri nequeunt milites, *l.* 8. *C. h. t.* neque digniores, nisi in crimine atrocissimo, *l.* 11. 16. & *sequ. C. h.* nec servus in caput Domini, *l.* 1. §. 16. *h.* excepto crimine majestatis, annonæ, monetæ, & adulterii. *l.* 53. *de jud. l.* 1. *l.* 7. & *l.* 15. *C. h.* Nec is, qui de se confessus est crimen, in alios torquendus est, *l.* 16. §. 1. *h.* secus, si convictus. *l.* 29 *in fin. de Pœn.* Excusantur & decuriones, *l.* 11. & *l.* 16. *C. h.* horumque liberi, *d. l.* 11. impubes, *l.* 10. & *l.* 15. *hic.* prægnantes. *l.* 3. *de pœn.* Dignitas hodie non usquequaque liberat a tormentis, ut Carpzov. & exempla passim obvia probant *Crim. Quæst.* 118. ubi & de reliquis prolixe.

TIT.

(e) *Pos.* 7. (f) *Pos.* 8. (g) *Pos.* 3. & 4.

* Constitutio *Elect. Nov.* 9. non nisi in Criminibus atrocissimis torturam tertia vice repetere permittit, sed extraordinariæ, carceris aut temporalis relegationis, pœnæ locum reliquit, si reus confessionem bis factam bis iterum revocaverit. Adde tamen Berger. *El. Jurispr. Crim.* p. 241. & 289. *seq.*

TIT. XIX.

De Pœnis.

I. Definitio Pœnæ, & quo sensu Æstimatio, Coercitio, Vindicta, dicatur. &c. II. Divisio pœnæ, in civilem & criminalem. Item, an pœnæ juris civilis pecuniariæ, usum habeant hodie. III. Pœnarum criminalium species. IV. Conferuntur mores. V. Distinctio pœnarum in Legitimas & arbitrarias. VI. Quis habeant jus puniendi. VII. De causis pœnam moderandi, tollendi, mitigandi. VIII. De probatione criminum.

Sequitur tandem locus generalis de Pœnis, post omnigenas delictorum species. Nam pœna sic definitur a Paulo, quod sit *Noxæ vindicta*, sive *omnium delictorum coercitio. l. 131. de V. S.* Aliter, *æstimatio delicti. l. 41. h. t.* Quæ genera, si placet, conjungamus, ut Pœnæ definitio sit hæc: *Æstimatio, Coercitio, Vindicta delicti, a Magistratu ad emendationem, exemplum, satisfactionem instituta* Consideremus hanc definitionem verbotenus; Genus ponitur triplex, eadem licentia, qua Labeo definivit dolum, quod sit *Calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum adhibita. l. 1. §. 2. de dol.* Si quis tamen unum velit habere genus, sumat ultimum, quod est *Vindicta*: Sed reliqua non carent suo fructu.

Prima vox, ÆSTIMATIO docet, proportionem inter crimen & pœnam esse servandam, ut fit

Regula, peccatis quæ pœnas irrogat æquas.

Sicut

Ponderibus modulisque suis ratio utitur ac res
Ut quæque est, ita suppliciis delicta coercet.
Horat. 1. *Satyr.* 3.

Præterea vox æstimationis indicat, idem delictum non esse duplici pœna adficiendum, ut Papinianus colligit in *d. l. 41.* Unde alias deductum est, plures actiones etiam pœnales ejusdem maleficii nomine concursum habere electivum. *ad tit. Inst. de Action. sub fin.* Vocatur pœna *coercitio*, Ἐπίσχεσις ἀδικημάτων, *suppressio delictorum*, ut Plutarchus; tam in delinquente, ne is denuo peccet, quam ut alii deterreantur. *Vindicta* vocatur τῶν ἁμαρτημάτων ἐκδίκησις, ut Græci ad *l. 131. de V. S. Peccatorum ultio*, quia τὸ παρηγοροῦν τοὺς πεπονθότας ἔνεστιν αὐτοῖς, ut Plutarch. *Solatii quoddam genus inest, pro his qui passi sunt injuriam*, quod tamen est infimum præstantia, ut idem Horat.

Quippe minuti
Semper & infirmi est animi exiguique voluptas
Ultio.

Potius, quia justitiæ ratio flagitat, ut delicta paribus pœnis luantur, etsi in futurum non consulatur; quomodo Deus punit, & puniet in extremo judicio. Vindicta vero *delicti*, cum dicitur, non esse pœnam, nisi ubi est delictum, intelligimus; ideoque nec filios maleficia Patrum luere consentaneum est, qua de re diximus *ad tit. I. de Publ. jud. n. 4. & lib. 1. de jur. Civ. n. 17. 26. & seqq.* Sequitur in definitione, *a Magistratu*. Nec enim agimus hic de jure puniendi, quod naturaliter cuilibet rationis compoti datur, de quo Grot. *de J. B. & P. c. 20. num. 8.* sed quod in civitate, quæ imperantes & parentes supponit, exerceatur.

Ultima verba continent diversos pœnarum fines, quorum primus est *Emendatio* delinquentis, *l. 20. h.* in quo Judex parentis instar habetur, a Græcis νουθεσία, παραίνεσις, *admonitio*, quam Callistratus ait fustigatione fieri. *l. 7.* Qualis aliquando expressis verbis addebatur, ut in perjurum, προπετῶς μὴ ὄμνυε, *Temere ne jurato. l. 13. in fin. de Jurejur.* Secundus finis est *Exemplum*, *ut unius pœna metus esse possit multorum. l. 1. C. ad L. Jul. Repet.* In quem finem pœna publice exigitur, *ut pœnæ genere cæteri deterreri possint. l. 7. C. ad L. Fab. de plag.* Hujusmodi pœnas Græci παραδείγματα vocant. Tertius finis est *Satisfactio* ejus qui læsus est; *Cum dignitas auctoritasve ejus, in quem est peccatum, tuenda est.* Tacit. *apud* Gell. *l. 5. c. 14.* sive ut honori gloriæque ejus consulatur; quo sensu Deus *omnia propter se, malum etiam ad diem malum fecisse*, dicitur *Prov. 16. v. 4.* Atque hoc sensu pœna

pœna proprie vindicta & ultio est. Quæ nullo modo inter Deum hominesque ei reconciliatos locum habere potest; etsi pœnam, quod ad duos priores fines, *emendationem* & *exemplum*, nihil vetat etiam adversus Deum timentes exerceri. Quæ distinctio pertinet ad quæstionem theologicam; an Christus pro morte temporali, quatenus est pœna peccati, satisfecerit. Fuit definitio pœnæ.

2. Sequitur Divisio; quæ videtur hæc esse summa: Civilis vel Criminalis. Illa, quæ pecuniario commodo actori applicando constat: Hæc, quæ a Republ. seu pecuniaria sive corporalis & capitalis, exigitur, eadem ratione, qua judicia civilia & criminalia distinximus ad *tit. de Judic. & de publ.jud.* Vulgo aliter, criminales vocant corporales, Germani *Peinliche*, Civiles appellant pecuniarias sive *mulctas*, quæ sunt coercitiones pecuniariæ, maxime quæ Fisco Applicantur, quomodo & in nostris Statutis *l.2. t. 13. art. 1. & ult.* *Civile Boete.* Referuntur huc etiam priore sensu, pœnæ civiles actionum in duplum, triplum, quadruplum, in quinquaginta, centum, ducentos aureos, quemadmodum *suis locis vidimus*. Sed hæ pœnæ dupli, tripli, quadrupli, a Pragmaticis hodie extra usum fori collocantur, quatenus in Statutis nominatim non reperiuntur, nec apud nos pœnæ Pecuniariæ actori applicandæ, quod sciam, ab his exiguntur. Ratio est, quia Pœnæ delictorum etiam privatorum, exiguntur a Procuratoribus Fisci; Jure Civili pars læsa habet electionem, utrum velit agere criminaliter, an civiliter. Talis electio non datur hodie: Sed Fisci jus est delicti coercitio: Cum autem non sit æquum, ut duplex pœna delinquenti infligatur. *l. 41.h. t.* hinc Fisci jus pœnam privato debitam excludit. Longius tamen extenditur illa praxis negandi pœnalem actionem parti læsæ, quam juris ratio ferat. Nam si nomine Fisci non agatur, aut ob rei gravitatem agi nequeat, privatus a pœna dupli aut quadrupli non erat excludendus, in gratiam delinquentis. Quin si injuriarum criminalis actio Fisci, non excludit civilem pœnalem, quæ datur læso, cur id æque non fiat in furto, rapina, aliisque delictis. In veteri formulario Curiæ nostræ, ab Advocatis olim facto, reperi formulas actionum quoque Furti, Rapinæ, similiumque, in duplum & quadruplum. Maxime urget idem ratio in ejusmodi factis, quæ duplo puniuntur, cum delicta non sint, & de quibus nunquam criminaliter agitur, ut est actio de tigno juncto in duplum, de dejectis & effusis in duplum. Quid vetat, cum hæ Statutis sublatæ non sint, hodieque si postulentur, eas dari in locis, quibus jus scriptum religiose observatur? Tametsi non solent fieri, nec mihi constet factum: Ut adeo, nec facile admissum iri putem. Ita videtur observari, mulctas non deberi, nisi legibus novis aut judicis arbitrio; *de quo mox*, inflictas.

3. Ad civiles pœnas refert etiam Carpzovius relegationem, *Cr. Qu.* 128. *n.* 4. magis ut satisfaciat Germanismo, *peinliche*, credo, quam ex ratione juris civilis. (a) Sed criminales pœnæ, dividendæ sunt in capitales & non capitales. Capitalis, ἐν πλάτει appellatur, quæ vel vitam, vel libertatem, vel civitatem adimit, *l.* 2. *h.t.* quin capitalis pœna in genere dicitur omnis famæ causa, *l.* 103. *de V.S.* proprie & stricte, quæ caput vitamque adimit. *l.21.h.t.* Variis modis infertur, ut igne, gladio, laqueo, bestiis, *l.28. l. 11.§.fin. & l.* 8. §. 1. *h.t.* sed in ultimis suppliciis erant olim gradus: Nam crux * κατ' ἐξοχὴν summum dicebatur supplicium, aliquando & vivi-comburium. *d. l.* 28. *pr.h.* Sed hodie inter prohibita ultimi supplicii genera est crux; quia sublatum est crucis supplicium a Constantino, ejusque loco introducta furca, uti scribunt Nicephorus & Aurelius Victor in Constantino. Cujac. *in* 5. *sent. Paul. tit.* 17. §. 1. *&* 16. *obs.* 1. Vetitum quoque, ne quis securi vel telo perimatur, *l.* 8. §. 1. *D. de Pæn.* Spart. & Xiphil. *in Caracal.* ne quis fustibus aut virgis ad necem usque cædatur, aut tormentis enecetur, *d.l.8.§. nec ea quidem* 3. *& l.pen.D.de Qu.* aut veneno, *d. l.* 8. §. 1. aut inedia, *l. 10. D. de interd. & releg* aut de saxo præcipitetur. *l.* 25. §. 1. *D. de pæn.* Proxima morti pœna, est in metallum damnatio, *d.l.28.pr.vers. deinde.* vel in opus metalli: nihil enim interest nisi vincula, quibus gravioribus in metallum, levioribus in metalli opus damnati premuntur: unde & refugæ ex opere metalli in metallum dantur. *d. l.8. §. est pœna.4. & §. inter eos autem.6. D. de pæn. l.* 5. *§.ult.D.de extr.cognit.* Mutilatio membri prohibi-

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. 5. *&* 6.

* De Cruce in *d. l.* 28, ne verbulum quidem; *Summum Supplicium esse videtur ad furcam damnatio*, ait lex, sed non ita Callistratus, quid id, quod ex Nicephoro & Aurelio Victore observat Cujacius, non poterat non nescire. *Το' esse videtur ad furcam*, est a manu Triboniani, ob supplicii disparitatem in ista interpolatione hæsitantis,

hibita est in *Nov.* 134. *c. ult.* excepta uni us manus, si qualitas delicti ferat. Non capitalis, vel corporis coercitione constat, ut fustes & flagella, *l.* 7. *h.* vel deportatione, relegatione, interdictione, de quibus *infra*, vel damno cum infamia. *l.* 8. *pr.* & *l.* 28. §. 1. Damnatio ad opus publicum perpetuum, capitalis pœna videtur, *l.* 17. §. 1. secus, si temporarium. *l.* 6. *C. ex quib. caus. inf.* Carcer jure Civili species pœnæ non est, *l.* 8. §. 9. & *l.* 35. *h.* etsi ad tempus, puniendi causa, quandoque homines includantur. *l.* 28. §. 7. *in f. h.l.* 1. §. *ult. de Aleat.*

SCHOLIUM.

Non opus videtur hac limitatione, potest enim ad l.28.§.7.in f. h. l. 1. §. ult. de aleat. *aliter responderi.* vid. not. ad Strauch. XIX.28. p. 455.

RESPONSIO.

Textus ajunt, homines in vincula publica coerceri; *Verum quidem est*, *vincula publica variis modis accipi.* l. 9.& l. 10.Ex quib.caus. maj. *Ex illis tamen nulla probabilior*, *quam quæ a nobis datur* in thesi, *esse videtur.*

N. ADDIT.

Judicet Lector. Ego saltem apponam locum, ad quem provocat scholium N.O. l. 28. §. 7. ff. de pœn.l.1.§.fin.de aleat. *qui textus loquuntur de damnatis in metallum, vel opus metalli.* N. O. l. 3. de custod. reorum. l. 1. & .2. C. eod. *qui textus intelligendi sunt non de pœna proprie dicta, quæ consistit impositione alicujus mali, sed de pœna impropria, & quatenus per carceres saltem bonum aliquod, nimirum libertas adimitur, aut certe restringitur.*

4. Moribus hodiernis quæ sint genera pœnarum capitalium minorumque, longum & supervacuum est recensere, non ignota lectoribus, nec desunt Auctores; late Carpzov. *d. Quæst.* 128. & *seqq.* nisi quod monendum, teste consuli a populis humanioribus, ut pœnarum capitalium species plus horroris quam cruciatus habeant, quæ ad absterrendum valeant, nec patientium animos ad meditationem æternitatis præparatos, sensu intolerabili a devotione retrahant. Idque apud nos prudentissime custoditur; nullæ enim aliæ capitis pœnæ, quam hæ tres usurpantur; decollatio, strangulatio a furca, vel ad stipitem, & submersio, quæ mortem sine sensu brevissime transmittunt; quibus ostentatio capitum vel cadaverum, cum insignibus perpetrati facinoris, crebro, ut exemplum daret, adjungitur. Quæ res tamen usu magis quam certo jure constat, ut exquisitum aliquod facinus aliud pœnæ genus postularet, nihil id equidem impeditur, semper tamen observando, non esse adfectandum, ut damnati *se mori sentiant.* Pœna morti proxima videtur hodie, ut antea dictum, esse opus publicum perpetuum ad remos, vel in metallum, quod ut servitutem irrogans, apud nos receptum non est; decennium est longissimum tempus. Exilium perpetuum æque ab usu remotum esse, nisi quatenus pœnæ corporali accedit, a veteranis Fori nostri adfirmatum intellexi; quod tamen secus in foro veteri fuisse, constat exemplis *Johannis Franken*, *d.* 29. *Octobr.*1587. *Bernardi Hesseli* Pastoris Leovardiensis, *anno* 1643. quin aliud recentius mihi relatum est *d.* 26. *Jun.* 1669. qui omnes sine pœna corporali in perpetuum relegati sunt; quod cum nullo modo rationi adversetur, nihil est causæ cur abolitum statuatur. Majorem infra capitis pœnam non habemus, nisi accumulatam, hoc modo; verberatione virgarum, stigmate tergo inusto, operæ decennali, & deinceps relegatione perpetua. Hæc est pœna morti proxima. Minora suppliciorum genera non est operæ pretium recenseri.

5. (b) Est adhuc pœnarum distinctio, quod sint vel *Legales* vel *Arbitrariæ*; quod discrimen tam in pecuniariis quam corporalibus obtinet; atque, ut e superioribus delictorum speciebus colligi potuit, arbitrium judicis late regnat, plerisque pœnis secundum merita circumstantiarum variantibus, quod non minus in Statutis gentium hodiernis animadvertitur. Atrocioribus tamen delictis pœnæ fere legales impositæ reperiuntur; nisi valeat alicubi dictum Solonis, qui rogatus, cur patricidiis pœnam non statuisset singularem, respondit, Διὰ τὸ ἀπελπίσαι, *quod desperaret*, hoc scilicet admissum iri: Quod de nostratibus respectu aliorum, ne, præter illa dicta, opus sit alio capitalium genere suppliciorum, rectius usurpaverim. Est enim noster populus longe facinorum rudior, quam fuerunt Athenienses, quorum τοὺς ἀγαθοὺς ἀρίστους, *qui boni essent optimos*, τοὺς φαύλους πονηροτάτους *qui mali essent*, *extremo pessimos* fuisse, testatur Plutarch. in *Dione sub fin.* In omni autem moderatione danda est opera, ut pœna ob spem emendationis adtemperetur; quo pertinet, quod adolescentes quandoque secreto &

(b) *Pos.* 7.

to & a parentibus castigantur, ut a Curia nostra sæpe decretum est, *d.* 14. *Decembr.* 1623. etiam a matre, *d.* 3. *Dec.* 1629. plerumque tergotenus, aliquando etiam pueriliter, ut in tribus aliis prædicto *d.* 3 *Dec.* Secreta castigatio placuit etiam adversus provectiorem ætatem, in Studioso furti reo. *anno* 1670. Etsi tale moderamen non sit adhibitum in Doctore Juris & duobus Ecclesiarum Pastoribus, ut diximus *ad tit. de Judic. part. praeced. pag.* 232. Mulctandi etiam potestas in omni genere peccatorum, quæ non habent peculiares sanctiones, data est Judicibus; Quod si pecuniæ præstationem egentes eludant, extra ordinem reos corporaliter puniendi jus habent, *l.* 1. *in fin. h. t.* neque semper, causa plene cognita; aliquando si res manifesta neque magna sit, absque processu litis, extra ordinem vocatis obiterque auditis, mulcta in continenti dictatur: haud facile tamen si quis provocet ad judicium. 2. *Stat. pr. tit.* 19. *art.* 3. Unde, quia tales mulctæ per tacitam submissionem infligi videntur, in nostra quidem Curia, *Compositiones* vocantur. *d. tit.* 19. *art.* 12. Quidquid autem exigitur accusante Fisci Procuratore, id in Fiscum redigitur. *l.* 5. *C. de mod. mult.* Est enim hoc inter Regalia. *c. un. Quæ sunt. regal.* Ac ita servatur in Curia nostra. Quæ a minoribus exiguntur Magistratibus, ipsis fere permittuntur, nisi quod sæpe delatoribus inde aliqua pars deciditur, *ut fit.*

6. (c) Quis habet jus puniendi? Pœnas irrogat magistratus, penes quem jus est gladii & merum imperium, ut præfectus urbis & præses; quas semel impositas revocare nequeunt, solo Principe excepto. *l.* 27. *&* *l.* 31. *hic. l.* 14. *l.* 16. *C. eod.* Quæ autem pœnarum species ad mixtum imperium & modicam coercitionem pertinent, has a municipiorum Magistratibus infligi posse, ex iis quæ de mero mixtoque imperio ad *tit. de Jurisdict. & Imp.* diximus, intelligi potest. Quo spectat mulctæ dictio, *l. ult. de Decret. ab ord. fac.* in latumias & vincula publica duci, jubere, *l.* 1. *§. ult. de Aleator.* & quædam castigationis species. *l.* 12. *de Jurisd.* Magistratibus agrorum & municipiorum nostris data est animadversio, quæ non tangit corpus aut vitam, etsi castigatio, quæ jure civili datur, ipsum corpus adficiat. *Stat. Fris. d. tit.* 19. *art.* 2. ubi; *uitgesloten wat lijf en leven aengaet.* Ergo verberare non possunt; mulctare, interdicere pago, urbe, mala mansione macerare ad aliquos dies, & ignominiæ exponere possent. Verum ut hæ mixti imperii particolæ a mero imperio decerptæ sunt, ita quibus causis sint applicandæ, sæpe fit dubium. Nec raro fit, ut Magistratus minores a Curia increpentur, aliquando & mulctentur, quod delicta mero imperio, quod est solius Curiæ, digna sui officii duxerint; Magistratus etiam inferiores, per nimiam accurationem, mixtum imperium, quod est supra mulctas, sibi inutile reddi arbitrantur, ut quidam columnas ignominiæ, indices mixti imperii, tædio illius intricationis amoveant. Neque tamen non interest Reipubl. ut minora delicta a civibus commissa, parvis admonitionibus domi potius transmittantur, quam ut atroci accusatione pœnaque, ubi spes emendationis est, ad exempla festinetur.

7. (d) Cæterum, Magistratus in pœnis irrogandis septem debet spectare circumstantias; causam, personam, locum, tempus, qualitatem, quantitatem, eventum; *ut explicatur in l.* 16. *§.* 1. *seqq.* satis confuse, ut videtur Hugoni Grotio *lib.* 2. *de J. B. & P. c.* 20. *n.* 37. qui rationes aliter subducit in *n.* 25. *& seq. d. cap.* 20. Pœnam tollit, mors damnati, *l.* 2. *& l.* 3. *C. si reus vel accus. mort. l.* 20. *de Accusat.* abolitio, indulgentia, restitutio, & remissio a summo Principe facta, *tit. ff. & C. de sent. pass. & restit.* & *de abolit.* præscriptio viginti annorum. *l.* 12. *C. ad. L. Corn. de fals.* Sand. *lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 2. Pœnam mitigat diuturnitas temporis, *Gl. & Dd. in l. si diutius* 25. *hic. & l. querela. C. de fals.* ira, *l. un. C. si quis Imp. maled.* l. 3. *de divort.* dolor. *l.* 38. *§.* 8. *de adult.* ebrietas, *l.* 6. *§.* 7. *de re milit.* ætas, *l.* 1. *§. impubes,* 32. *de SC. Silan.* sexus, *l.* 6. *ad L. Jul. pecul. c. sicut. de homicid.* ignorantia juris, aliquando & facti, *l.* 1. *§. Divus.* 3. *ad L. Corn. de sicar. l.* 5. *§. ult. hic.* affectio consanguinitatis, *l.* 2. *de Receptat. l.* 1. *C. de his, qui latro.* quæ tamen & gravare potest; necessitas famis, *c. si quis propter de furt.* merita publica, *l.* 5. *§. ult. de re milit.* insigne artificium. *l.* 31. *hic.* &c. Corvin. *h.* Quæ tamen omnia prudenter accipienda, nec sine sale. Sand. 5. 9. 1. Non est hic locus omnia copiosius exequi, videndi criminalium Scriptores, & Grotius *d. cap.* 20.

8. (e) Argumentis, indiciis, & indubitatis præsumptionibus, posse aliquem capitis damnari, probat *l. ult. C. quor. app. non recip.* *l.* 22.

(c) *Pos.* 8. (d) *Pos.* 9. 10. & 11. (e) *Pos.* 12.

l. 22. *C. ad l. Corn. de Falſ.* exiode etiam, quod omnis probatio artificialis æque ad fidem faciendam, quam inartificialis valeat. *l. ult. C. de Prob.* Multum tamen abeſt, ut ex ſuſpicionibus quenquam damnari dicamus. *l.* 5. *h. t.* Vide Sand. *lib. ult. deciſ. tit.* 9. *def.* 14. Nos hanc quæſtionem memorabilem occupavimus *ad tit. de Probation. n.* 3. & 4. De probatione delictorum, quæ mulctis coercentur, eſt ſingulare, quod Statutis noſtris cavetur; ſi duo teſtes haberi nequeant, Accuſatorem ſuum teſtem unum jurejurando firmare poſſe, quod in criminalibus alioqui non obtinere, dictum eſt alias: Quod ſi accuſator nullum habeat teſtem, Reo juſjurandum defertur; quod & alibi receptum. Præſ. Everard. *conſil.* 10. Quis autem Accuſator ille? Fiſci Procurator? aut qui gerit hujus vicem? Non videtur, nec enim ſimul teſtis & accuſator eſſe poteſt; Delator, aut pars læſa, ut videtur. Sed uſus ejus rei non eſt frequens; Major ejus, quod ſubjicitur *art. ſeq.* eos, qui per egeſtatem mulctas eludunt, non corpore ſemper, ſed pro modo delicti, relegando, interdicendo, in vincula dando, ad opus publicum damnando, puniri: quod adeo a jure civili non eſt alienum, ut merito ad interpretationem *l.* 1. §. *ult. h. t.* referri queat. (f) Poſtremo, Condemnati capitis, puniuntur demum poſt dies 30. *l.* 20. *C. de pœn.* quod multi de his tantum, in quos Princeps extra ordinem animadverterit, accipiunt, propter *l.* 5. *C. de Cuſtod. reor.* hodie certe non ſervatur.

TIT. XX.

De Bonis Damnatorum.

(a) QUod pœna morte delinquentium finitur, ei publicatio bonorum non obſtat; cum hæc non ſit pœna liberorum, ſed ipſorum delinquentium, qua hæredes per conſequentiam adſtiguntur; Scilicet, olim bona capitis damnatorum publicabantur, *l.* 1. *pr. h.* ſalva liberis Legitima, *l.* 1. & *l.* 7. *ff. l. ult. C. h. t.* ſed hodie ceſſat confiſcatio, & bona ſervantur liberis, adſcendentibus & collateralibus, ad tertium gradum, excepto crimine perduellionis, *N.* 134. *c. ult.* quod & in Friſia ſervatur, imo ut Thomaſius ait;

SCHOLIUM.

Jure Imperii, plane ceſſat confiſcatio bonorum in delictis capitalibus, excepto crimine Læſæ Majeſtatis. vid. Ord. crim. art. 218. Conf. Struv. h. t. in fine.

(b) Jure civ. Fiſcus bona vindicat ubicunque ſunt ſita, ſed uſu populorum, cedunt fiſco cujuſque loci. Wiſſenb. *ad h. tit.* qui diſtinguit inter mobilia & immobilia; Ut hæc quidem cedant Fiſco Reipubl. ubi ſita ſint bona, ex Baldo aliiſque Interpretibus; viciſſe tamen ait uſum fori contrarium hanc rationem, ut etiam mobilia occupet is, in cujus territorio reperta ſunt, etiam ſi condemnatus alibi domicilium habuerit. Mihi vero hæc ſententia, juris quoque rationi maxime conveniens videtur: Cum enim Executio ſit actus jurisdictionis, quem in alieno Imperio nequaquam licet exercere, nihilo magis hæc in mobilibus, quam in ſoli rebus inſtitui poteſt. Wiſſenbachius pro Baldo habet hanc rationem, quod mobilia negantur habere ſequelam, & perſonam ſequi dicuntur. *arg. l.* 35. §. 3. *de Hæred. inſtit. l.* 85. *de Legat.* 2. & 3. Quod verum quidem eſt, ubi quæritur de præſumpta voluntate dominorum, aut etiam Legislatoris; non æque, ubi agitur de effectis jurisdictionis & Imperii, quæ in diverſas Reſpubl. nullo modo extendi poſſunt. Nec ejuſmodi res hæc eſt, de qua magnopere laboretur.

TIT. XXI.

De bonis eorum, qui ante ſententiam vel mortem ſibi conſciverunt, vel accuſatorem corruperunt.

(a) QUi ex conſcientia criminis ſibi manus intulit, cum reus eſſet capitalis delicti, ejus bona publicabantur. Secus, ſi tædio vitæ, vel impatientia doloris † elegerit mortem, *l.* 3. *pr.* §. 4. & 6. *h.* tamen ut hæredes admittantur ad innocentiam defendendam. §. *ult.*

(f) *Poſ.* 13. (a) *Poſ.* 1. (b) *Poſ.* 2. & 3. (a) *Poſ. un.*

ult. d. l. 3. Hodie cessat hic titulus, sublata bonorum publicatione, de qua *tit. præced.*

S C H O L I U M.

† *Ex hypothesi videlicet Stoicorum, qui ut forte factum prædicabant, si quis ex his causis mortem sibi intulerit, Catonis Uticensis exemplum sibi proponentes. Fuere autem, ut notum, JCti, ex quibus ff. compositæ sunt, plerique Stoici. Debebat ergo Tribonianus sub Christiano Imperatore vivens, flosculos hos Gentilismi ex pandectarum horto eradicare. Sed debebat, ut plura alia, quæ tamen non præstitit.*

R E S P O N S I O N I S *loco sint, velim, quæ hac de re collocavimus in* part. 2. Digression. lib. 1. cap. 3. n. 6. *plura, quam ut huc transcribenda sint.*

N. A D D I T.

Facile jam ab illo scholio abstinerem, quia, etsi Stoici in eo aberraverint, quod ejusmodi autochiriam tanquam forte factum defenderint, tamen propterea Christiani non debebant talium autochirum bona confiscare, (de qua re hic est quæstio) aut in illos tanquam bestias sævire. Quod vero etiam tales indigni censeantur sepultura honesta, avaritiæ Cleri Papalis est attribuendum, qui vel hac etiam pæna inventove, voluit eo fortius adigere Laicos, ut non morerentur absque præsentia Cleri, & putarent esse articulum fidei Christianæ, quod ad mortem beatam, vel saltem tanquam causa sine qua non, requiratur ista præsentia, utique si divites sint morti vicini, ut pius Clerus eos admonere posset de legato ad pias causas pro salute animæ suæ. (1)

Pars secunda Rubricæ, agit de his, qui accusatorem corrupere, quod SCto Turpilliano prohibitum vidimus, ne quis ab accusatione desistat. Hac de re nihil sub hoc titulo scriptum est, nisi quod e Principum Rescriptis observatur, Reis capitalium criminum id esse impune, si corruperint accusatorem, non æque reis criminum haud capitalium. *l.* 1. *h.* Sed hac de re peregimus *ad tit. de Transaction. num.* 5.

T I T. X X I I.

De Interdictis, & Relegatis, & Deportatis.

Per modum Commentarii ad *l.* 5.

(a) HAsce tres Exilii species, recenset & explicat Marcianus in *l.* 5. *h. t.* paulo tamen obscurius, ut quibusdam Lectio emendanda videatur. Sic ait, *Exilium triplex est; aut certorum locorum interdictio: aut lata fuga, ut omnium locorum interdicatur, præter certum locum; aut Insulæ vinculum, id est relegatio in insulam.* Exilii vox est generalis, etymologico sensu; Nam *Exsul*, quasi *ex solo* dicitur, Greci ἐξορία, quasi ἐξ ὅρων, *e finibus.* Hoc fit tribus modis sive gradibus; Primo interdicendo, τῷ παραγγέλλειν, ut Græci id exprimunt, hoc est *denunciando*, ut aliquis e certo loco se recipiat, *ne intra patriæ territorium, vel muros moretur, vel in vicis quibusdam. l.* 7. §. 10. *h.* Neque tantum locis interdicitur, sed etiam ordine, *d. l.* 7. §. 20. honore, §. *pen. & ult.* professione, advocatione, foro, negotiatione, spectaculis, *l.* 1. §. *pen. de Off. Præf. Urb.* vel arte aliqua *l. ult. de Pœn.*

Secunda species Exilii est *lata fuga*: Sed descriptio ejus addit perplexitatem; *ut omnium locorum interdicatur.* Primo enim qualis hæc locutio, *interdici omnium locorum*? Respondeo, vel subintelligendum, *commercio, aqua & igne*, aut simili: vel est Græcismus παντὸς εἴργεται τόπου, *arcetur a quolibet loco*, ut Theophilus de hac ipsa re loquitur, *ad* §. 2. *Inst. de Cap. dim.* Sed quomodo lata fuga est *omnium locorum interdictio*, idque præter certum locum? Potius contra, est certi loci, scil. Patriæ interdictio, ut ubivis agere liceat, *bannen in't woest*, ait Grotius. In *vasto* agere licet, in certo loco non licet. Hinc Cæsar apud Sallust. *bell. Catil.* pro sententia in conjuratos, dixit, *exilium illis esse permittendum:* Loquitur autem de aquæ & ignis interdictione. Quod probat etiam forma Legis, qua Ciceroni aqua & igni interdictum est; ut LICERET illi esse ultra quadringenta millia. 3. *ad Att.*

(a) *Pos.* 1.

(1) *Hæ calumniæ, commiseratione potius quam refutatione dignæ sunt. Quis enim docuit D. Thomasium apud Catholicos articulum fidei Christianæ esse, quod ad mortem beatam requiratur præsentia Cleri? Hos adhibent, fateor, ut Clerus morientium animos ad meditationem æternitatis præparet, non ut eos de legato ad pias causas pro salute animæ, ut derisorie vult Thomasius, admoneat: neque gravatur Clerus minus alacriter hæc officia impendere pauperibus, quam divitibus. Sed & Canones ipsi & Edicta Principum, excessus, si forte hinc inde a particularibus committerentur, satis reprimunt.*

Att. ep. 3. Atque in tota oratione pro domo sua id agit, ut probet, aqua & igni interdictos, sua voluntate *se potuisse alii civitati aggregare, quod vertendi soli causa venerant.* Ad hanc difficultatem ita habendum. Marcianum describere aquae & ignis interdictionem, ut sub Imperatoribus fuit, juncta deportationi. Namque deportatio non sustulit aquae & ignis interdictionem, quae est lata fuga sub Imperatoribus. Verum sententia per aquae & ignis interdictionem fiebat; sed ob ratione politicas a Livia apud Dionem *lib.* 53. expositas, deportatio in certam insulam addebatur, ut apud Tacitum, *Servilius Corneliusque in insulas, interdicto igni atque aqua, demoti sunt.* 6. *Annal. cap* 3. ut latius a nobis demonstratum in *part.* 1. *Digress. lib.* 3. *cap.* 9. Cum igitur deportatio adhuc sit lata fuga, id est aquae & ignis interdictio, sed tamen nunc conclusio in certo loco addatur, in eamque desinat; recte lata fuga definitur, ut deportatio; quod sit omnium locorum, praeter certum, cui includitur, interdictio. Huic rei non obstant loca juris, in quibus aquae & ignis interdictio a deportatione separatur, ut in §. 2. *I. de Capit. dim.* Haec enim, ratione temporis accipienda oppositio; eum aquae & ignis interdictio in latam fugam *in 't woest*, in usu non fuerit sub Caesaribus. Sic praecipua difficultas hujus loci facile solvitur, ut emendatione supersederi possit, neque non debeat, de quo pluribus actum in *part.* 2. *Digress. lib.* 2. *cap.* 24. *num.* 3. *& seqq.* Quod superest in *d. l.* 5. non habet difficultatem.

Tertia species Exilii est Relegatio, *quam Insulae vinculum* vocat Marcianus in *d. l.* 5. & ipse de relegatione interpretatur, fiebatque sine aquae & ignis interdictione, etsi haec aliquando relegationi accedere & superaddi poterat; quemadmodum Tacitus de Cassio Severo, *illum prius in Cretam amotum*, id est relegatum, *postea interdictum igni & aqua consenuisse in Saxo Seriphio. lib.* 4. *ann. cap.* 21. *in fin.* (b) Caeterum, relegatur vel a loco, quod nihil aliud est quam interdicere, vel in locum certum, *d. l.* 7. *in pr. & §. Sicut.* 6. *cum §§. seqq.* vel ad tempus, vel in perpetuum. *d. l.* 7. §. 2. *& seqq.* Relegatione ad tempus facta, bona adimi nequeunt, *d. l.* 7. §. 4. si in perpetuum, pars bonorum expressim adimi potest. *l.* 4. *hic.* Differentias inter relegationem & deportationem, dedimus *ad Inst. pag.* 39.

TIT. XXIII.

De Sententiam passis & Restitutis.

(a) SEntentiam passi, id est criminum condemnati, a Principe restitui possunt, secundum jus vitae & necis, quod est summae potestatis facultas. Nempe restitutio vel est simplex criminis indulgentia, ut poena tantum remittatur, nec quid amplius restituatur, *l.* 6. *l.* 7. *& l.* 9. *C. hic. l. ult. C. de gener. abolit.* vel est restitutio in integrum, & ita plena est, ut etiam honoribus, ordini, caeterisque omnibus restituat. *l.* 1. *C. hic.* Qui specialiter restituitur, recuperat omnia sua bona, & jura, & famam, *l.* 2. 7. *&* 9. *C. h. t.* fructus tamen bonorum antea percepti non debentur ipsi, nec etiam bona prius per fiscum alienata, quia beneficium hoc, salvo jure aliorum indulgetur; alioqui restitutus directas habet actiones. *l.* 3. *h.* Hoc jus dandi veniam his, qui sententiam passi sunt, ubique cognitum, ignoratur apud Frisios: nec scio, an unquam heic a Gubernatoribus Hispaniae Regis, ut domini Frisiae, sit exercitum. Nec Ordines libertate potiti id unquam instituerunt, quod effectum habuerit, aut quisquam eorum nomine, quod mihi constet. Carolus V. anno 1541. viam praescripsit, qua homicidae aliive delinquentes literas Remissionis impetrarent, tam difficilis & periculosae impetrationis, ut neminem illas unquam petiisse meminerim. Sed neque datur hoc beneficium sententiam passis; verum his, qui ante annum caedem commiserunt, neque in vinculis sunt. *l.* 2. *Stat. tit.* 14. *art.* 1. *& seq.* Dixi pluribus in Jurispr. hod. *part.* 2. *lib.* 3. *c.* 27. Sed extra hanc formam Statuto praescriptam, quotquot delictorum veniam ab Ordinibus petierunt, ab Ordinibus remissi sunt ad Curiam: & haec semper ad legem petendae remissionis provocat. Idemque adversus insignem reum sententiam passum, ac illustri commendatione munitum, nostra memoria decretum est. Non esse tamen alioqui potestatem hanc

(b) *Pos.* 2. *&* 3. (a) *Pos.* 2. *&* 1.

hanc Ordinibus præclusam, aliquando declaratum est; cum aliquot illustres repetundarum rei, accusationi decreto Ordinum subducti sunt, & subducti manserunt: at fine consequentia in futurum, ut cautum fuit diserte.

T I T. XXIV.

De Cadaveribus punitorum.

(a) Cadavera Punitorum cognatis ad sepulturam conceduntur, *l.* 1. *h.* etiam a judice, *l.* 11. *C. de Relig.* nisi quod in deportatis venia Principis requiritur. *l.* 2. *h. t.* Hinc adeo facilis Pilatus in permittendo sepulturæ corpore benedicto.

SCHOLIUM.

Quod & hodie observatur, nisi exemplum sit statuendum. vid. Carpzov. Pr. Crim. Quæst. 137. *quam tamen limitationem alii, ut injustam accusant, vide quos citat* Schilter. Ex. 49. th. ult. *Sed his facile responderi poterit, uti & illis, qui impugnant concessionem cadaverum humanorum ad usum Anatomicum.*

(a) *Pos. un.*

LIB.

LIB. XLIX. TIT. I.

De Appellationibus & Relationibus.

I. Sententiam quandoque revocari, vel ipso jure nullam esse. II. Rescindi per in integrum restitutionem. III. Per Supplicationem. IV. Per appellationem, quæ definitur, ut & Relatio. V. Species & gradus appellationis. VI. Per quem fiat appellatio, & de Communione Appellationis. VII. Rursus de communione, alio sensu. VIII. Rursus alio. IX. Effectus appellationis.

(a) JUrisprudentia valde aliena est ab eorum arrogantia philosophorum, qui facultate se jactant cavendi ne unquam errent. Intelligit, prudentissimum quemque falli, dum certissimas se rationes sequi arbitratur. Hac ratione quanquam Sententia nonnisi omnibus quæ in causa erant considerанda solide examinatis, ferri solet, tamen non potest evitari, quin sententia lata aliquando rescindatur, nisi ipso jure nulla sit; quo casu rescissione nihil est opus. Verum si adversus actorem lata sententia sit nullius momenti, perseverat is agere veteri actione; cui si opponatur exceptio rei judicatæ, replicandum de dolo: Sin adversus reum, is actionem rei judicatæ elidit, opposita doli mali exceptione. *l. 59. §. ult. D. de re judic. l. 1. C. de sent. & interloc. l. 4. & l. 6. C. Quom. & quand. jud. sent. l. 6. C. Quand. prov. non est necess. l. 2. §. Et generaliter. 5. & l. 9. D. de dol. mal. & met. except. l. cum a te 25. D. de dol.* Porro quanquam nullitas, (cujus causas habuimus *ad tit. de Re Judic. n.* 48. & videbimus *iterum* paulo *inferius*,) non eget remedio actionis, aut ullo actu judiciali, qui in actum primum *constituatur*; requirit tamen, ut in actum secundum deducatur; potest enim præter istum modum, qui designatus est, implorari quoque judicis officium, ut is faciat, ne sententia de facto vim habeat, quæ de jure nulla est; quin hoc agens, etiam *rescindere* dicitur judex sententiam. *tit. D. Qu. sent. sine appell. rescind.*

2. (b) Proprie tamen rescinditur sententia per in integrum restitutionem, per supplicationem, † per appellationem. Per in integrum restitutionem rescinditur, non solum lata adversus minorem, sed & adversus majorem. Adversus hunc, si indefensus condemnatus sit; adversus illum, si & defensus. Nam adversus minorem indefensum lata, est ipso jure nulla. *l. 1. & tot. tit. C. Si adv. rem jud. l. 1. C. Quib. ex Caus. maj. rest. l. ult. D. de in int. rest. l. 4. C. de Procur.*

3. (c) Per supplicationem rescinditur sententia Præfecti prætorio. Cum enim vice sacra judicet, absurdum visum est, appellatione interposita, de iniquitate sententiæ ab eo prolatæ queri. Offerendus igitur libellus supplex, quo quis non ob iniquitatem, sed errorem, retractari sententiam petat. *l. præfecti 17. D. de minor. l. un. C. de sent. præf. præt. l. un. §. 1. D. de off. præf. præt. l. 35. C. de Appell.* Huic similis est REVISIO.

SCHOLIUM.

Unde & hodie extra forum Electorale Saxonicum, solet usurpari contra sententiam ejus, a quo appellari non potest. In foro Electorali Saxonico vero ea non habemus opus, propter remedium Leuterationis.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

(d) Sci-

† Hi modi duo, ut & tertius per revisionem, in Saxonia sunt improbati. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 17. *§. ut.*

(d) Scilicet Germani, Saxones inprimis, adhuc habent *Leuterationem & Oberleuterationem*, * quæ sunt implorationes Judicis, ut sententiam a se latam declaret. Carpz. *de process. tit.* 17. & Syndicatum, sive accusationem judicis apud superiorem, *Ordin. Camer. P.* 2. *tit.* 53. §. *wo aber einige*.

4. (e) Appellatio est Querela non acquiescentis iniquæ sententiæ judicis inferioris. Sententiam intelligimus definitivam, non interlocutiones, ut *inferius*. Appellatur quidem etiam a nominatione ad honorem munusve publicum, *l.* 1. *C. de temp. appell. l.* 1. *D. de vac. & excus. mun.* ab indictione gravioris tributi, *Nov.* 128. *c.* 7. sed inprimis a Sententia. Relatio, cujus etiam mentio fit in Rubrica; duplex est: Una, cum judex causam plene instructam mittit ad Principem, ut is eam cognoscat & decidat, quo casu non potest appellari. *l.* 34. *C. h. t.* Altera, cum judex, relatis causæ meritis ad Principem, de jure illum consulit, ut juxta consultationem ferat sententiam. *l.* 1. & *l.* 2. *C. de Relat.* Ab hac, quoniam fit partibus non auditis, recte appellatur, *l.* 1. §. 2. *h. t.* sed hodie regulariter est prohibita, *Nov.* 125. neque moribus, ut puto, exercetur: Principes Ordinesque liberorum populorum, rem judiciariam Curiis judicum ita commiserunt, ut ipsi amplius illis inquietari nolint. Nec prior quidem species relationum

(d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5. & 8.

* De Leuteratione vid. *O. P. S. Tit.* 55. †† differt autem ea ab Appellatione, quia non est ad superiorem provocatio, sed causæ apud eundem Judicem repetita ventilatio. Fatalia circa eam tria sunt observanda. (1) Leuterationis interponendæ intra decendium, quod ipsi cum appellatione commune est (2) Citationis petendæ, ††† intra 6 septimanas & 3. d. a tempore interpositæ Leuterationis computandas, [illegible] neglecto appellatio deserta est. Ziegler. *ad d. Tit. O. P. S. pag.* 397. nisi Judex ex officio citationes emiserit, *j. [illegible] de an.* 1663. *d.* 23. *Jan. in App. C. S. pag.* 54. Svendend. *ad Fib. p.* 341. (3) Leuterationis quoad formalia & materialia prosequendæ, quæ si in termino rite facta non fuerit, vel si Leuterans non comparuerit, †††† Leuteratio æque habetur pro deserta. Oberleuteratio ††††† vero tantum in supremo Judicio Appellationum admittitur, *Mand. El. d.* 1670. §. 2. *App. Corp. Sax. p.* 16. in causis, quæ ibi ab initio agitatæ, non per Appellationem eo delatæ sunt, add. Martin. *ad* §. 1. *O. P. S. Tit.* 55 *n.* 34. *sq.* De Appellationibus secundum Usum fori Saxonici, prolixe actum fuit a Mencken. *Disp. Proc. Prom.* 1. *tit.* 14. *seqq.* Inprimis vero notari meretur fatale appellationis introducendæ, †††††† quod Jure Civili erat arbitrarium, *l.* 2. & *l.* 5. *C. de temp. & repar. App.* Jure Sax. ad mensis spatium esse restrictum, *Appellat.* Ordn. tit. von. Appellationen. §. 1. Carpz. *P.* 1. *C.* 20. *d.* 9. fatale autem Appellationis justificandæ, *ex Auth. ei qui C. eod.* in Appellationibus quidem, quæ ad Præfecturas aut Regimina Principum, non vero in iis, quæ ad Curias Provinciales, aut Judicium Aulicum sunt, observari, monitum *d. Diss.* 1. §. 25. *sq.*

†† Etiam novissimam *Tit.* 8. §. 1. *seqq.* Potissima sunt: in possessorio summarissimo leuterationes ex officio rejiciendas esse, non contra sententias interlocutorias, aliisque in causis diterimine admittendas, reiiciendas potius, & parti adversæ juramentum malitiæ injungendum, spatium ad illius præstationem 8. aut 14. dierum præfigendum, eo jurejurando, si non defunctus est, in termino, rejecta leuteratione, pergendum in causa, partemque aut advocatum litis protractæ pœna, 5. aut amplius thalerorum mulcta castigandum. §. 1. Ob errorem in verbis, nominibus, numeris, foliis &c commissum, de quo ex actis satis constat, remedium suspensivum non esse indulgendum, judicis esse, huic rei mederi, facta apud acta annotatione, aut sententia ad JCtor remissa, qui errorem suum gratis emendabunt. §. 2. In inferioribus judiciis non nisi semel contra sententiam aliquam leuterationis remedio uti licere, si ad adversæ partis leuterationem forte sequatur reformatoria aut declaratoria, illi, qui jam leuteravit, statim ob justa gravamina ad appellationis beneficium esse confugiendum. Apud medias etiam instantias, si provocatum ad eas, & nihilominus prior sententia fuerit confirmata, leuterationem adversus confirmatoriam earum in illa instantia non esse interponendam, sed per iteratam appellationem ad instantiam superiorem ab eo, qui se adhuc gravatum credit, provocandum. §. 3. Leuterationis schedulæ, cujus exemplum nunquam non leuterato etiam sub 5. thalerorum mulcta transmittendum, unum alterumve gravamen specifice & perspicue inferendum esse, alias leuterationem, etiam ob definitivam interpositam, adiecta 5. thalerorum mulcta simpliciter rejiciendam. §. 5. Adde quæ §. 9. de leuteratione & appellatione contra eandem sententiam interpositis habentur.

††† Hoc fatale petendæ citationis est sublatum, leuterans sub 5. thalerorum mulcta in schedula leuterationis, ut terminus ad prosecutionem præfigatur, flagitat, aut judex, si leuterationi deferre vult, ex officio terminum constituit, integro spatio Saxonico concesso. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 35. §. 5.

†††† Si in leuterationis prosecutione, aut appellationis justificatione utraque pars non compareat, & leuteratio & appellatio, ipso licet leuterato & appellato absente, adeoque absque prævia contumaciæ accusatione pro deserta habenda est. Nec leuteratus aut appellatus porro prima vice impune abest, potius rite, nisi scripto ad acta priora submittere velit, compareat, & ad leuterationis prosecutionem aut appellationis justificationem respondeat, aut sciat, definitivam in meritis sibi imminere; immo, si judici ob noviter emergentes circumstantias videbitur, opus esse responsione per interlocutoriam injungenda, in impensas, &, ob moram injectam, in quinque & amplius thaleros se condemnandum esse. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 10. §. 2.

††††† Oberleuteratio in causis devolutis adeo locum non invenit, ut cum mulcta ex supremi regiminis arbitrio indicenda sit rejicienda, nisi forte ab interlocutoria appellatum, & reformatorie in appellationis instantia pronunciatum sit, quæ causæ, ad inferiorem judicem non remissæ, immediatis hoc casu æquiparandæ sunt. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 35. §. 4.

†††††† Hoc fatale nunc est sublatum, & a judice, postquam appellationi delatum est, terminus ad justificationem ex officio est præstituendus *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 33. §. 9.

num fieri solet, ut causa plene instructa mittatur ad Principem, vel Ordines jus Principum habentes: Judices ipsi satagunt: Fieri tamen potest, ut superioribus annis a senatu militari Frisio factum habebant duos centuriones, equestrem atque pedestrem, stupri violenti reos; causam invidiæ plenam; cui non pares, Acta judicii miserunt ad Ordines Novem Viros; Sed hi, re diu multumque agitata, litis instrumenta remiserunt ad ipsos judices militares, ut officio suo fungerentur; quod adeo ab illis factum.

5. Institutum appellandi non minus Reipubl. necessarium, quam ne appellationes modum excedant, utile est: quia crebriores per varios gradus appellationis, intricandis producendisque litibus opportunæ, & publice privatimque noxiæ sunt; sed de gradibus appellandi locus erit inferior. (f) Appellationis divisio est in judicialem, quæ a sententiis fit, ac hujus loci est, & extrajudicialem, quæ fit a nominatione ad munus publicum, & alio quolibet gravamine: de munere publico Jus loquitur, ut superius dictum; de gravaminibus aliis Canones, *c.* 1. *c. cum Romana*. 3. *de Appell. in* 6. sed quibus de rebus appellatio detur, sub propria Rubrica deinde agetur.

6. (g) Quis appellare potest? Appellat non solum dominus, sed & is cujus interest, & procurator, tutor, curator: Quin hi officii causa non solum possunt, sed & debent appellare, *l.* 4. §. 2. *& seqq. l.* 5. *D. de appell. l.* 2. *D. An per al. caus. appell. poss. l.* 17. *C. de Procur.* vide tamen de Procuratoribus supra, ad *tit. de procur. n.* 5. *&* 14. Quin & citra mandatum auditur mater in causa filii, maritus in causa uxoris, *l.* 1. *D. de appell. recip. l.* 21. *C. de Proc.* & generaliter quicunque citra mandatum agere possunt, etiam sine mandato appellare queunt. *arg. l.* 1. *in f. An per al. c. app.* Quin etiam Uno appellante, in causa ejusdem argumenti, reliquis prodest victoria ipsius. *l.* 10. *ult. h.* Idem est, si appellans plures habeat adversarios, & quosdam in appellationis libello nominaverit, *l.* 3. §. 1. *h. Tit. C. Si un. e plur. appell.* quod rebus judicatis in nostra Curia sic memini esse confirmatum, reliqui illo casu habent communionem appellationis. *l.* 1. *d. tit. C.* Quod secus est, si quis adversus sententiam in integrum sit restitutus. *l.* 2. *d. tit. C.* Quare autem, cum sententia lata pro uno cohæredum, non tribuat actionem vel exceptionem rei judicatæ reliquis, licet *eadem quæstio in omnibus judiciis vertatur, quia personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem faciat*; cur, inquam, ea res aliter se habet in appellatione *d. ll.*? Videtur mihi difficile dictu, nec aliud quam hoc in mentem venit; Res inter alios judicata, nec nocet neque prodest aliis, *l.* 63. *de Re Jud.* non potest alius pro alio litem contestari, non magis quam contrahere obligationem, aut actionem, *l.* 73. §. 4. *de R. J.* nec adeo rem pro alio, deducere in judicium. Verum re semel ab omnibus in judicium deducta, facilius in causa appellationis intelligitur conjunctio, ut sententia per judicem appellationis remota, executio condemnatoria in universum tollatur. Atque hæc est prima species communionis in Appellatione.

7. Quod si sententia appellationis ad consortes, qui non appellavere, pertineat, multo magis profectio appellationis ab eo, qui non appellavit, fieri potest, quæ tamen non potest ulterius habere locum, quam instituta est ab eo, qui appellatione functus est. Exemplum rei judicatæ: Primus & secundus acceperant *taxationem* ædium & arborum, quarum pretium solverent coluno: Primus appellavit ab æstimatione sive taxatione ædium, de horto acquievit. Secundus non appellavit intra dies fatales; jungit se deinde pro sua parte, sed addit provocationem a taxatione arborum in horto. Non est receptus hac parte, quoniam is qui se jungit, est accessio ejus qui prior appellavit, non hic alterius. Simile est apud Sandium *lib.* 1. *tit.* 17. *def.* 7. Atque hæc est secunda communio appellationis.

8. Datur & tertia, quæ propius accedit ad Reconventionem in casu Appellationis. Quando uterque se putat in sententia esse gravatum, & unus appellat: Alter, contra quem appellatur, etiam post fatalia, potest uti remedio ejusdem appellationis, atque a sua parte petere sententiæ retractationem, *l. ult. in pr. C. h. t.* In qua perinde locum habet limitatio prædicta; ne extendatur ulterius, quam prior appellatio instituta est, de qua specie agit Sandius *d. def.* 7. Sic igitur communio Appellationis triplici sensu intelligi potest.

9. (h) Effectus appellationis est, ut extinguat sententiam, hoc est effectu suo privet, *l.* 1. §. *ult. ad SC. Turp.* qui autem postea sequi-

(f) *Pos.* 9. (g) *Pos.* 6. & 12. (h) *Pos.* 10.

quitur effectus rei judicatæ, is est e secunda sententia; quæ cum se referat ad priorem, ideo & appellatio negatur extinguere, sed tantum suspendere dicitur sententiam, *l.* 32. *C. de Transact.* hinc & usuræ, confirmata sententia priore, cursum suum non interruptum continuant. *l.* 24. *pr. h.* Hinc etiam executio sententiæ, quæ datur ad Appellationem, non competit judici a quo, cujus facultas sublata est; sed a judice ad quem est appellatum fieri debet, quod ita rationi juris omnino convenit, etsi apud Dd. ea res non sit extra controversiam, ut videre licet apud Sandium 1. *Decis. tit.* 13. *def.* 6. Non est æque ratio juris expedita de impensis primæ instantiæ; cum hæ sint accessiones litis, ideoque earum æstimatio ad ejusdem instantiæ judicem pertinere videbatur. *arg. l.* 1. *C. de ordin. cognit. l.* 3. *C. de Judic.* Sed quia de hac æstimatione quæritur post appellationem institutam, qua prioris judicis officium est sublatum, ideo judex appellationis hanc etiam officii partem exsequitur, nec ad inferiorem fit regressus: Idque non tantum si judicis inferioris sententia retractetur, sed etiam, si confirmata fuerit, quia per confirmationem sententiæ non restituitur officium judicis in futurum, sed judicatum ejus approbatur in præteritum, idque ita in nostris foris servatur. Sand. *d. Decis.* 6. Hæc de Appellatione in universum: plura ad eam spectantia, per partes in sequentibus Rubricis videbimus.

T I T. I I.

A quibus appellare non licet.

I. A Principe non licere, ad Principem ab omnibus appellari. II. Excepto Senatu, quibusdam temporibus. III. A quibus præterea non licet. IV. A sententia Præfecti Prætorio non dari appellationem, sed fieri supplicationem. V. De Moribus hac parte, ubi de Privilegio Academiæ Franekeranæ.

(a) PRimo sciendum, a quibus personis appellare licet. Hoc autem constabit, si intellexerimus, a quibus appellare *non* liceat, ut contrariorum est eadem doctrina, quam rationem Juris auctores passim sequuntur. Et quidem a Principe appellari fas non esse, supervacuum est admonere, *cum ipse sit qui provocatur*, ait Ulp. in *l.* 1. §. 1. *h.* Intellige, ab omnibus, & ultimo: Nam alioqui non est insolens, provocari ab eo ad quem provocatur, ut docet titulus sequens. Verum ab eo, qui *summam* habet potestatem, non posse provocari, quod semper ad superiorem fit, res loquitur. Idque proprium est ejus, qui tenet τὸ κύριον civitatis, id est vere *summam* potestatem. Proinde a sententiis omnium, qui superiorem agnoscunt, dari debet provocatio. Inter imperandi præcepta, dedit hoc Augusto Mæcenas, apud Dionem *lib.* 53. Μήτε γὰρ ἀντίδικος, μήτε αὐτοτελὴς οὕτως τὸ παράπαν ἔστω, ὥστε οὐκ ἐφέσιμον ἀπ' αὐτοῦ δίκην γενέσθαι. *Nemo enim Magistratuum*, inquit, *ita sui juris & absolutus omnino esse debet, ut sententias, quarum nulla sit retractatio, ferre queat.*

2. Postea tamen Principes aliqui dederunt hoc jus Senatui, ne a sententiis ejus appellari posset, quod Hadriano adscribitur in *d. l.* 1. §. 2. *h. quo Principum nemo Senatus fastigium impensius extulit, execratus Principes, qui minus Senatoribus detulissent*, ut scribit *in ejus vita* Spartianus. Ante eum tamen Cajus Cæsar Caligula, non modo Senatui, sed etiam *Magistratibus liberam Jurisdictionem, & sine sui appellatione concessit*, ut Suetonius scribit *in vit. ej. cap.* 16. Sed illa fuit prodigentia magis quam liberalitas.

3. Porro nec appellare licet ab executione, nisi modum legalem excedat, *l.* 5. *C. Quor. Appell. non recip.* nec ab arbitri sententia compromissarii. *l.* 1. *C. de Arbit.* Unde Reductio, quæ fit hodiernis moribus a pronunciatis Arbitrorum, non fit quasi per appellationem, sed per modum restitutionis tanquam ab enormi læsione, ut diximus ad *tit. de Arbitr. n.* 9. Ergo non requiritur ut Reductio ita fiat ab Arbitris, ut iis insinuetur, apostolive petantur, sed recta potest ad superiorem querela deferri, modo pars adversa certior fiat intra tempus; contra quam aliquando vidi in foro opinantes.

4. Non datur etiam Appellatio a sententia Præ-

(a) *Pos.* 1. 2. & 3.

Præfecti Prætorio, sed Supplicatio, *l. un.* §. 1. *D. de Off. Præf. Præt.* id est, libellus supplex offerri potest, quo quis non quasi ob iniquitatem, sed ob errorem petat sententiam retractari. *Auth. quæ supplicatio.C. de Precib. Imp. off.* Nec tantum Imperatori, sed & præfecto, ejusque consiliariis offerri potest. *d. Auth. & Nov.* 119. *c.* 5. Hoc remedium vocatur, Ἀναψηλάφησις, *Nov.* 82. *c.*12. quæ hodie conceditur a sententiis Curiarum Supremarum, de quibus inferius. Vid. *tit. præc. n.*3.

6. Moribus populorum, sicut etiam diversæ Curiæ & civitates, quæ licet superiorem agnoscentes, tamen habent privilegium non appellandi vel omnino non, vel usque ad certas summas, de quibus unaquæque Respubl. suis utitur exemplis. Academia quoque Franekerana gaudet hoc eximio jure, quod a Sententiis ejus nulla detur appellatio. Sic enim habet *Lex* 47. *fundament. Acad.* A sententia *pronuntiata a Rectore Assessoribusque judicibus, appellatio nulli concedatur*, quæ res idcirco placuit, ne Studiosi litibus in longum productis vexentur, & quia plerumque illis de plano jus dicitur: In causis exquisiti juris & majoris momenti, præsertim respectu aliorum quam Studiosorum, idem juris est, etsi res aliam habet ἀναθεώρησιν. Plane judices, qui sine provocatione jus dicunt, officio suo exactius & consideratius ad dictata legum fungi debent: quod cum experientia compertum sit, judices inferiores minus satagere exacte, bonum factum est, quod hoc privilegium rarissime illis conceditur.

TIT. III.

Quis a quo appelletur.

I. Appellatio per saltum ne fiat. II. Quid juris, si alius pro alio judex sit aditus. III. Gradus appellandi juris civ. IV. Quid hac parte moribus.

(a) A Quibus igitur judicibus non est prohibitum appellari, ab his provocari licere, firma regula est: sequens inspectio est, *Quis* appelletur, sive ad quem provocetur; Et sciendum, ab inferiore ad superiorem, ut res ipsa loquitur, fieri appellationem, idque ita, ut ordo juris publici non mutetur, sed immediate superior adeatur; unde regula, ne fiat appellatio *per saltum*. *l.* 21. §. 1. *de Appell. & l.* 4. *C. de Jurisd.*

2. (b) Quod si hac parte sit erratum, quatenus error noceat, quæritur: Et quidem si per errorem ad minorem judicem quam debet, appellatum fuerit, Appellatio erit ipso jure nulla; si vero non quidem is qui debebat, verumtamen par sit appellatus, error nihil nocet, verum is qui appellandus erat, nihilominus cognitionem suscipit, quod exemplo præfecti urbis, qui consulis loco erat, appellati declaratur, & sancitur a Divis fratribus in *l.* 1. §. 3. *de Appellat.* Fit enim quandoque, ut incerta sint jura tribunalium, ad quod e pluribus unaquæque causa pertineat, cujusmodi dubia sæpius apud nos aliisque oriuntur: utrum causa ab inferioribus judicata magistratibus, secunda instantia ad Collegium Ordinum novemvirale, an ad Supremam Curiam pertineat: quo casu ipse quidem consultus suasi, ut appellationem alternative interponerent, vel ad hoc vel ad illud collegium, quo dein ipsis integrum esset in Apostolis petendis alterutrum re melius explorata eligere. Qua tamen in re si erratum sit, error non præjudicabit, nec fatalium jus amittetur. Verum si Curia sit adita, remittendæ sunt partes ad ordines Novemviros; & si hos male contigerit adiri, fiet remissio ad Curiam. Etsi, cum dubia res est, ut sunt humana politica, remissiones illæ rarius fiunt, sæpius inter collateralia collegia pullulant contentiones, aliquando non levi partium detrimento.

3. (c) Gradus appellandi, in urbe erant tales; a sententia judicis pedanei, appellatur is qui dedit eum, adeo ut si præfectus dederit judicem, is appelletur, *l.*1. *in pr. h.* etsi Prætorio, præfecti urbis sint inferiores potestates. Nec tamen ideo fit appellatio per saltum, quia judicis datio facit immediatam subordinationem inter dantem atque datum. Si a Prætore datus sit judex, ad hunc appellatur: A Prætore appellatur ad præfectum urbi. *l.* 17. *C. de Appell.* A præfecto urbi Princeps; nemo alius quam Prætorio præfectus appellationis expers est. *l.*19. *C.de Appell.* Tres tamen illi gra-

(a) *Pos.* 2. (b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 1.

gradus pariter non exercentur; Nam qui bis appellavit in eadem causa, denuo non auditur. *l. un. C. Ne liceat in una e.a.l. caus.* Cæterum, a judicis mandatarii sententia, non appellatur qui mandaverit, sed mandante superior. *l.* 1. §. 1. *h.* (1) In Provinciis a sententiis Duumvirorum, præses appellabatur, a Præside Princeps. *l.* 19. *C. de Appellat.* Sic etiam Paulus ab interlocutione Festi. appellavit Neronem Cæsarem. *Actor.* 25. ℣. 11.

4. Mores hodierni plures sæpe gradus admittunt, ut est situs & ratio cujusque Reipubl. neque temperamentum juris Civilis, ne amplius quam bis appelletur in eadem causa, usque quaque receptum est. Apud nos non nisi una datur Appellatio in causis civilibus ordinariis, a judicibus urbanis & agrorum ad Curiam Supremam, etiam a commissariis Curiæ ad Ipsam, nisi quod in negotiis politicis duo gradus habeantur; A dicasteriis Inferioribus ad Legatos Ordd. Novemviros, ab his ad Ordines ipsos. In rebus Ecclesiasticis sunt quatuor gradus, A consistoriis ad Classem, a Classe ad Deputatos synodi, ab his ad Synodum ipsam, a Synodo ad Ordines. Quanquam ita fere sunt distributæ res judicandæ, ut amplius quam bis Appellatio nunquam instituatur.

T I T. I V.

Quando Appellandum sit, & intra quæ tempora.

I. Tempora appellationum Fatalia interponendi & introducendi. II. An prorogari possint. III. Quid hodie juris in appell. introducenda. IV. De prosequenda appellatione quid jure civili & moribus, ut & Reauditione.

(a) TEmpora appellationi præscripta, sunt tria; Interponendæ, Introducendæ, Prosequendæ appellationis. Interponendæ olim erat biduum in propria, triduum in aliena causa, *l.* 1. §. *h.* hodie sunt decem dies post sententiam. *N.* 23. Introducendæ appellationis terminus, variat jure Civ. pro locorum intervallo. In eadem provincia sunt tres menses; ad Principis auditorium sex, *l. f. pr. C. de temp. app.* ad delegatum menses duo, *l.* 2. ℣. *fin. autem ex sent. eod.* totidem in muneribus publicis. *l.* 1. *d. t.* In appellatione ad ipsum Principem est annus. *d. l ult.* §. 2. At non quovis die horum temporum causæ appellationum agi possunt; observandi enim sunt dies fatales, ita dicti, quod fatum finemque appellationibus adferant: Sunt autem decem; quinque ante lapsum, totidem post lapsum prædictorum temporum, quibus si appellatio non sit introducta, pro deserta habetur: sed impetrari possunt a judice quatuor reparationes menstruæ, post quas adhuc reparatio petenti datur a Principe trimestris, quæ currere incipit ab ultimo die quarti mensis. quibus elapsis, præscriptio opponitur. *d. l. ult.* Sunt autem hæc tempora continua & utilia diverso respectu, fere sicut diximus ad *tit. Inst. de Excusat. n.* 13. *& ad tit. de perp. & temp. act. n.* 4. Currunt enim a die latæ sententiæ, continentque dies etiam feriatos, *Nov.* 23. *cap.* 1. tamen ut non præjudicent ignorantibus, nec non iis quibus defuit, coram quo appellarent. *l.* 1. §. 7. *& ult. h. t.* Perez. *ad tit. C. de Tempor. app. in pr.* Sand. 1. 13. 2. Moribus, spatium illud interponendæ appellationis etiam receptum est; in altero variatur. Gail. 1. *obs.* 139.

2. (b) Posse autem hæc tempora consensu partium prorogari, non est dubium. *l. ult.* §. *ult. C. de Tempor. appell.* Ab judice nequaquam, altero invito, mutari possunt, *l.* 3. *C. de Tempor. appell.* quominus tamen gravi de causa hæc potestas judici tribuenda sit, non videtur negandum, ac ita sentiunt Dd. quos recenset Wissenbach. ad *h. tit. th.* 13. & restitutionem facile impetrari, auctor est Groenew. *ad l.* 3. *C. de Temp. appell.* In nostra Curia accidit, ut Appellans peteret prorogationem termini decem dierum, propterea quod adversarius habitaret in Hollandia, cui intra hoc tempus *insinuatio*, (quæ requiritur apud nos) fieri non posset. Curia terminum legalem sine ultima necessitate prorogare nolens, suggeri

(a) *Pos.* 1. 2. 3. & 5. (b) *Pos.* 4.

(1) *Attamen a legatis, Proconsul appellari potest*, l. 2. h. t. *licet legatus Proconsulis mandata jurisdictione utatur*. l. 1. §. 1. de offic. ejus cui mand. est jurisd. *Sed hoc singulare esse in Proconsule qui jurisdictionem suam mandavit, quod non videatur se ea abdicasse, sed bene duntaxat cum legato communicasse, observat Vir Amplissimus Cornelius van Bynkershoek* observat. lib. 6. cap. 23.

geri jussit Appellanti, ut peteret Curiæ dispositionem, qua Procuratori absentis adversarii injungeretur, ut insinuationem nomine domini acceptaret, quod is recusaverat. Ac ita dispositum est, in *causa Creditorum civitatis Franek. contra se invicem*, d. 17. *Septemb.* 1679.

3. Tempus introducendæ appellationis, quod jure civili pro distantia locorum variat, ut diximus, moribus gentium servari non potest. Ideoque singulis id suo modo determinatum est. Apud nos Judex inferior in apostolis sive epistolis, quas appellanti dat ad superiorem, ut *infra* videbimus, certum tempus, cum maximum, sex septimanarum præfigere debet, intra quod appellatio Curiæ Supremæ offeratur. *lib.* 3. *Stat. tit.* 2. *art.* 6. Add. Sand. 1. 13. 3.

4 (c) Tempus appellationis prosequendæ, hoc est ventilandi novam instantiam, jure nostrate non est definitum. Jure civili fuit olim biennium, quod in annum est coarctatum *l. ult.* §. 2. *C. de Tempor. appell.* intra quod spatium temporis exordium lis capere, finiri utique non debet; *cum iniquum sit, propter occupationes florentissimi ordinis, causas hominum perire*. *d. l. ult.* §. 3. Si tamen appellans inchoatam litem deserat, victor prioris instantiæ post annum causam solus peragere potest, §. 4. *d. l. ult.* nisi reparationem annalem a Principe justas ob causas impetraverit, *d.* §. 4. quod etiam in supplicatione contra sententiam præfecti prætorio servatur. §. 5. Et hoc quidem de contumaci absentia, post litem novæ instantiæ inchoatam, *moribus* expeditam habet facultatem, ut nec annum opus sit expectari, sed accusatione contumaciæ bis terve peracta, non est dubium, quin judex ferat sententiam. Quod si actor non edat citationem, sed introducta appellatione quiescat; usu fori nostri cum ratione juris *d. l. ult.* §. 4. optime conveniente, receptum est, ut victor, contra quem est appellatum, Appellantem ipsum in jus vocet, ut appellationem prosequatur, aut desistat, vel perpetuum sileat. Die dicta, si Appellans non adsit, neque causam suscipiat prosequendam, accusatur de contumacia, & sequenti audientia rotulari, victor copiam accusationis exhibet Judici, ab eoque petit, ut Appellatio *deserta* declaretur: Quod is vel statim concedit, vel, ut aliqui observant; & forte cautius, concesso Appellanti aliquo temporis spatio, intra quod appellationem adhuc introducat, hoc modo; *Curia vi commodoque accusationis, declarat appellationem desertam, salvo trium vel quatuor septimanarum, &c.* cum *expensis*. A Rescriptis ad libellos supplices, appellatur ad Curiam, apud nos intra 24 horas, sicut etiam a *taxationibus* superficierum quæ fiunt a Commissario Curiæ, (vocatur hoc genus, *Reaulitio*) quod tempus currit ab hora pronunciationis aut editionis rescripti, vel insinuationis ab adversario factæ. *lib.* 3. *Stat. Fris. tit.* 62. Dix. *part.* 2. *Jurispr. hod. l.* 1. *c.* 24. *n.* 23.

TIT. V.

De Appellationibus recipiendis vel non.

I. Regula est, Appellationem esse recipiendam. II. Excipiuntur quædam causæ. III. Non tamen criminales, sub limitatione. IV. Quod secus aliarum gentium moribus. V. In Possessoriis non recipi appellationes.

(a) Appellationem superiori judici oblatam, hic nullo modo recusare potest, alioqui damnum litis sustinet, & decem auri libris multatur, *Nov.* 128. *c.* 3. quæ pœna vix est ut hodie obtineat; neque tamen urget periculum, ne Curiæ superiores facile recusent hujusmodi cognitiones. Sed dantur casus quibus appellationes non recipiuntur, quidam respectu judicis, alii ratione causæ, denique respectu personæ appellantis. Casus, qui pertinent ad judicem, habuimus ad *tit. A quibus appellare non licet*.

2. (b) Ad causam spectant hæ exceptiones; Si quæstio fit de Annona, de aperiendo testamento, missione in possessionem bonorum, & qualibet executione, *l. ult. l.* 6. *C. Quor. appell. non recip.* item in causis tributorum & debiti fiscalis repetitione. *l.* 4. *C. eod. tit.* Porro a solis Sententiis appellari potest, non ab interlocutione, *l. pen. eod.* nisi contineat ejusmodi gra-

(c) *Pos.* 6. & 4. (a) *Pos.* 7. (b) *Pos.* 1. 3. & 4.

gravamen, quod sententia corrigi nequeat, *l.* 2. *h. t.* qualis erat Interlocutio Festi, arbitrantis Paulum Hierosolymis judicari; Ni potius non tam fuerit appellatio, quam potestatio, & petitio remissionis, quia civis erat, ad Cæsarem: quomodo Plinius *epist. ad Traj. de persecut.* se Christianos, qui cives erant, annotasse refert, ut recta in urbem remitterentur, reliquos ipse judicabat. Jure Canonico, & moribus, plerumque ab interlocutionibus etiam appellari potest, imo ab omni gravamine licet extrajudiciali, *c. super.* 12. *c. ex parte.* 47. *c. cum cessante.* 6. *X. de Appell.* Gail. 1. *obs.* 12). Mynsing. 3. *obs.*43. Carpzov. *P.* 1. *Const.* 23. *def.* 12. *Stat. Fris. lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 59. & 60.

3. (c) De Appellatione in criminalibus, non minor est usus forensis a jure civili discrepantia, nam leges adeo permittunt appellationem Reis criminum, ut alium quoque nomine rei, mandato licet carentem, licet extraneum, admittant. *l. 6. de Appell.* Cujus rei summa *humanitatis* est ratio, *d. l. 6.* cum enim Appellatio sit remedium contra oppressionem, *cap. un. de pœn. in Extravag.* & præsidium innocentiæ, *cap. cum. spec.* §. *porro. X. de Appell.* nusquam magis & liberius quam in criminalibus locum habere debet. Quid est igitur, quod in *l.* 244 *de V.* S. scriptum est; *De multa provocationem esse, de pœna non esse. Simul atque enim victus quis est ejus maleficii, cujus pœna statuta est, statim ea debetur*, ait Paulus. Credo cum *d. lex.* 6. sit Ulpiani, Thomasius noster antinomiam esse diceret, ut ex nominibus æmulorum istorum ubique solet augurari. Sed tu dic; Reo, qui crimen fatetur, sed pœnam ultra modum ait esse inflictam, quæ tamen pœna lege specialiter imposita sit, ab hac non dari appellationem, quia non tam esset a judicis dicto, quam a Lege provocatio. Quod res loquitur non habere locum in pœnis extraordinariis, quæ pro meritis circumstantiarum & judicis arbitratu infliguntur. Cujac. 6. *observ.* 33. A. Matthæus *comm. de crim. ad tit.* 17. *lib.* 48. *Dig. c.* 5. *n.* 15. Secundum hac in Galliis, quicunque se gravatum putet in sententiis rerum criminalium, appellare potest, teste Rebuffo *comment. ad Const. Reg. tom.* 3. *tract. de Appellat. art.* 7. *gl.* 2. *n.* 22. & usu notissimo. Nec desunt, qui hanc humanitatis rationem putant esse tam validam, ut nec Statutis prohiberi possit, Covarruv. *art.* 2. *Quest.* 23. *sub. num.* 5. Daniel Mollerus *lib.* 4. *Semestr. c.* 33. ut nec ipsi, addunt, diabolo sit negandum: Atqui sunt tamen casus quibus etiam jure civili in capitalibus negatur appellandi facultas, ut sunt insignes latrones, seditionum concitatores ducesque factionum, *l.* 16. *de Appellat. l.* 6. §. 9. *vers. nisi forte, de Iniust. rupt. irr. test.* homicidæ, venefici, malefici, adulteri, & violentiæ manifestis argumentis superati, testibus convicti, voce propria confessi, (absque tormentis scilicet) *l.* 2. *C. Quor. Apell. non recip.* officiales a suo judice condemnati ob delictum in officio commissum, *l.* 3. *C. eod.* denique raptores virginum, post legitimas & juri cognitas probationes; confessio enim in his non requiritur, *l. un. in fin. pr. C. de Rapt. virg.* quod exquisitio rigori juris civilis adversus virginum raptores, quem mores temporum non probant, adscribendum.

4. Sententia juris Rom. his limitationibus instructa, ejusmodi est, ut servari mereatur, recteque Galli consulunt hac parte. Sed tamen consuetudine multarum gentium appellandi jus sublatum est, aut valde restrictum in Criminalibus, & maxime in Capitalibus. De Germania testes sunt Mynsing. *cent.* 2. *obs.* 98. *n.* 2. & *cent.* 4. *obs.* 41. Gail. 1. *obs.* 128. & *lib.* 1. *de pace publ. cap. ult. in f.* 36. De consuetudine Hispaniæ, Scacc. *de Judic. l.* 1. *c.* 67. *n.* 62. 63. 87. 93. & 95. In Italia non dari appellationem in criminalibus, testis est Julius Clar. §. *fin Qu.*99. *n.* 3. De Belgicis Provinciis, idem Groeneweg. *ad l.* 2. *C. Quor. Appell. non recip.* adfirmat. In Frisia non est locus huic Quæstioni cum ibi Criminalis jurisdictio sit penes solam Curiam supremam, a qua non est ad quem appelletur: Revisio autem a Criminalibus heic nihilo secus excluditur. In Hollandia & quibusdam aliis ditionibus distinguitur inter processum judicii criminalis ordinarium & extraordinarium; Si ordinarie procedatur per modum litis contestationis & solennis disceptationis, appellatio locum habet, non si extra ordinem & summarie ex officio procedatur, qua de re pluribus agit Bortius *in tract. vern. de usu appellat. in Criminal. in Holl.* Nihilominus, si verum est dictum Juvenalis;

Nulla unquam de morte hominis cunctatio longa est,

non sit de nihilo, quod aliquis contendere pos-

(c) *Pos.* 11. *tit.* 1. *h. l.*

possit, jus Romanum ita, quemadmodum *supra* collocatum est, videri præferendum; quemadmodum Curia Hollandica multis rationibus olim probavit, sed non approbavit Ordinibus Hollandiæ, teste Grotio in *Apolog. pro regim. Holl. c.* 12. *sub fin.* Romana sententia sic limitata est, ut periculum, ne Rei criminum semper appellent, moraque & sumptibus Reipubl. graves forent, minus sit, quam est liberæ plenæque defensionis ratio, pro salute hominum miserorum: Præsertim, quia certissimum est, in criminalibus æque errores opinionis aut effectus, quam in civilibus, posse atque solere committi.

5. (d) In judiciis possessoriis non recipiuntur appellationes, quia periculum est in mora, quoniam victus effectum appellationis per judicium petitorium adipisci potest; quippe cum, eo si obtineat, proprietas adjudicata possessionem comprehendat. *l. un. C. Si de moment. poss.* Recte graviterque in iis locis, ubi judicia possessoria summatim celeriterque absolvuntur, ut apud Romanos fiebat. *l.* 3. *C. de Interdict.* Sed postquam procedendi ratio mutata, judiciaque possessoria distingui cœperunt in ordinaria & summaria, stylo juris Canonici, quod & appellationes de quovis gravamine admittit; receptum est, ut in possessoriis appelletur, modo tamen & effectu dispari. Probata enim est hæc distinctio, ut a sententia lata in judicio Interdicti summario, appelletur quidem, sed tamen judicatum prius executioni committatur, sub cautione de restituendo, si aliter a superiore judicetur: At in possessorio pleno sive ordinario, appellatur ad utrumque effectum, tam suspensivum executionis, quam devolutivum cognitionis. *c.* 10. *&* 15. *X. de l.* 5. *in pr. de Appellat.* *Restit. Spoliat. c.* 1. *de sequestr. fruct.* Sand. *lib.* 1. *tit.* 13. *d. f.* 5. In Frisia sic etiam observatur in possessorio pleno, nec potuit aliter, postquam ita invaluit, ut de possessione dilationibus ordinariis, iisdemque ac in petitoriis uteretur. In Summario possessionis judicio, diversum in Frisia procedendi modum esse, notat Sandius *ibidem*; quis ille sit, non refert: Quando judex sive commissarius Curiæ in loco contentioso, cognita summatim causa, tulit sententiam, diem præfigit, quo is, qui gravatum se putet, ordinario judicio experiri potest, si velit; quod ut appellatio non sit, effectum tamen habet eundem, quem solet habere Appellatio sine suspensione executionis; hoc excepto, quod impensas, qui judicio summario in illas condemnatus fuit, si in ordinario possessorio vincat, non recipit; quæ per victoriam in appellatione recuperari possent.

6. (e) Supersunt causæ Appellationis non recipiendæ, quæ respectum habent ad personam condemnati. I. Si quis juri suo in causa quadam appellandi renunciaverit. *l.* 1. §. 3. *a Quib. appell. non lic.* II. Si quis adversario suo detulerit jusjurandum, & secundum id lata fuerit sententia. *l.* 31. *in fin. de Jurejur.* III. Si quis ob contumaciam sit condemnatus. *l.* 1. *C. Quor. Appell. non recip. l.* 13. §. 4. *C. de Judic.* IV. Si quis officialis officii sui ratione a judice cui inservit condemnatus sit. *l.* 3. *d. t. C. Quor. appell.* V. Si quis crimen propria voce confessus sit. *l.* 2. *C. eod.* VI. Qui bis appellavit, tertium non auditur, etsi adhuc superior existat judex. *l. un. C. Ne lic. in una caus. tert. prov.* VII. Si is appellat, ad quem res non pertinet, nisi justam ejus quod sua interest, habeat causam. *l.* 5. *in pr. de Appellat.*

TIT. VI.

De Libellis Dimissoriis, qui Apostoli dicuntur.

I. Quando appelletur. II. Quid Apostoli; & quando petendi. III. Quid juxta illos. IV. Mores de Apostolis. V. Quid amplius in Frisiis. VI. Cur a gravaminibus, præter sententiam, requiratur appellatio in scriptis.

(a) APpellationes interponuntur vel viva voce, vel scripto. Prius, siquidem illico apud acta provocetur, & sufficit dixisse, APPELLO: Sin alio die, vel non apud acta, libellus appellatorius judici a quo appellatur offerendus est, quo libello scriptum sit, & a quo detur, id est quis appellet, & adversus quem, & a qua sententia. *Nov.* 23. *c.* 1. l. 1. §. *ult. l.* 2. *& l.* 5. §. *ult. D. de appell. l.* 6. §. *ult. & l.* 14. *C. eod.*

2. (b) Deinde petendi sunt Apostoli; qui tam etymologia quam significatione sunt idem quod

(d) *Pos.* 5. (e) *Pos.* 6. *&* 2. (a) *Pos.* 13. *&* 14. *tit.* 1. *h. l.* (b) *Pos.* 1. 2. 3. *&* 4.

quod Epistolæ; quas Appellantem petere oportet a judice qui tulit sententiam, in quibus ponitur, quis, contra quem, & qua de re litem habuerit, qualis sententia lata sit, ac uter appellaverit. *l.un.* §. 1. *h. t.* Peti debent intra XXX. dies a lata sententia, *l.*24.*C. de Appel.* & peti debent, si non exhibeantur, instanter & sæpius; Quod si tamen non dentur, id ipsum contestetur appellans. *d.l.un.* §. 2. *d. l.* 24. Judex autem, nisi mulctari velit. *d.l.*24. *C.de appell.* apostolos dare debet. *l.* 6.§.*ult.C. eod.* Ratio juris & Statuta nostra dant litteras compulsorias. *lib.* 5. *tit.* 2. *art.* 61.

3. Intra idem tempus acta causæ parti adversæ, ut scribit D. Wissenbach. & alii *hic*, tradenda, sed *Nov.*126. *c.* 3. sic ait, utrique litigatori acta per judicem esse tradenda, quod etiam præcipit *lex* 19. *C.de appell.* Addere potest judex relationem, & appellans refutatorias Preces, monet idem ex *l.*6. §.*super his* 3. *C. de Appellat.* ubi id tantum de capitalibus caussis admonetur. In cæteris Apostoli sufficiunt.

4. Hæc apud nos etiamnum observantur, & re & nominibus. *lib.* 3. *Stat. tit.* 2.*art.*61. & *seq.* Sand. 1. 13. 3. Per Germaniam & Galliam Apostolorum petendorum necessitas est sublata, * Ord.Cam. *part.* 2. *tit.* 30.Gail *obs.* 139.*n.*15. Mynsing.*lib.*4.*obs.* 16. Bugn. *de Leg. abrog.art.* 97. Et in Hollandia simplicitur exolevisse hunc titulum, scribit Groenew. *hic.*

5. Frisii præter Apostolos requirunt, ut Appellatio facta insinuetur parti adversæ & judici. *d. c. art.* 21. Quod ad partem adversam attinet, res habet evidentem rationem, ideoque ejus omissio facit nullitatem appellationis: Sed judici jam gnaro cur facienda sit insinuatio, non admodum liquet, seu viva voce, sive per libellum fuerit appellatum. Ideoque e neglectu hujus requisiti, etsi Statutum in formis rerum agendarum alioqui rigide observandum sit, Curia non solet locum dare Nullitati, atque ita definitum est in causa *Joachini Lauremii contra A.C. van H. anno* 1679.

6. (c) Addit idem statutum, ab aliis gravaminibus, quam a sententiis definitivis, appellandum esse non aliter, quam in scriptis. *art.*58. 60. Aliter facta appellatio est nulla, ut judicatum in causa *Johannis de Jonge*, contra *Rykjen Stevens.ante fer. nat.d.* 1619. & rursus inter *Petrum Wil.es & Scheltonem Gabbes Excip. d.* 19. *Martii* 1680. Statutum addit rationem, quia debent addi rationes gravaminis, *d. art.* 58. quæ non nisi scripto reddi possunt. Paulo aliter in *Jurispr. hod. part.* 2. *lib.* 2. *c.* 45. *n.* 16. & 17. Sed vide sis Mynsing. 3. *obs.* 15. *n.* 15. Gail. 1. *obs.* 130.

TIT. VII.

Nihil innovari appellatione interposita.

I. Sententia Rubricæ. II. In quibus casibus cesset hæc regula. III. Quæstiones duæ de novatione, dum pendet appellatio, decisæ. IV. An locus sit novæ litis contestationi & probationibus. Esse moribus. V. Non videri esse jure civili. VI. An liceat in libello appell. opponere compensationem, quæ non fuit in priore instantia.

(a) HÆc rubrica continet effectum Appellationis, qui est suspensio sententiæ, consequenter & executionis, *l. un. in pr. h.* idque sive recepta sit Appellatio, sive non. *d. pr. l.* 6. *de Appell.recip.l.* 3. *C. de Appell.* tam in criminalibus quam civilibus caussis. *l.* 12. & *seqq. C. eod.* Quæ res hanc recipit limitationem, quod is, qui duorum condemnatus est criminum, si quidem a leviori appellaverit, executio non differtur, secus si a graviori. *d.l.un.* §. 5. Pendet autem executio scilicet, quamdiu a judice superiore non est pronunciatum vel decisum, recipienda sit appellatio, an secus. *d.pr.h.* Ideoque interim relega-

(c) *Pos.* 15. *tit.* 1. *h. l.* (a) *Pos.* 1.

* Quod in Saxonia ita se habere tantum abest, ut & aliud fatale Apostolorum redimendorum, † observantia fori nostri introduxerit, quod ipsum, si in termino a Judice præfixo non fuerit factum & observatum, appellatio pro deserta habetur. Ill. Griebner. in *Princ. Proc. Judic. L.* 1. *c.* 6. *sect.* 1. §. 6. & Ill. Mencken. *Proc. Differt.* 1. *Præmiss.* §. 31.

† Hoc fatale in appellationibus ab inquisitione, inhibitionibus in suprema curia provinciali, monitorio, publicatione rescripti, decreti, aut sententiæ, vel alias a futuro gravamine, in causis politiam & disciplinam concernentibus item ab executione, & immissione, subhastatione aut in causis cambialibus, penitus sublatum, judex a quo saltim intra 8. dies ex officio, appellante certiore non reddito, judici ad quem, quid actum, significabit, sumptus etiam ad acta liquida-

gratus, libere in Patria versatur, ordine motus, cæterum participat, ac ita in aliis. *d. l. un.* § 2. & 4.

2. (b) Non est igitur juridica distinctio, qui vis appellationis dicitur esse vel Suspensiva executionis, vel Devolutiva cognitionis. Sed jure Canonico & moribus introducta & applicita judiciis possessoriis, ubique valet: Scil. ut Sententia post appellationem executioni detur, sed tamen causa denuo cognoscatur, ut intelleximus *ad tit. de Appellat. recip. vel non.* Hujus rei minime spernenda est ratio, ne ipse sustlaminandæ executionis, moratores, ap pellationis beneficio in causis, quæ moram non ferunt, abutantur; Quare factum est, ut hæc distinctio ad alia quæque judicia producta fuerit, cujusmodi sunt apud nos sententiæ super relaxatione prædiorum conductorum, super alimentis, mercedibus famulorum ac operariorum, denique omnes sententiæ de summis intra ducentos florenos, *lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 67. de quibus Sandius 1. *tit.* 13. *defin.* 4. Addit autem, *hoc placito non contineri sententiam provisionalem, qua quis ad consignationem* pecuniæ quantæcunque *damnatur.* Concise & obscure; Quid enim, an hæ manent in statu? Ita videtur, si exeipiantur ab Edicto, quod exprimit causas, quæ pendente appellatione accipiunt executionem. Sed est aliter. Dantur executioni, ut notat D. Saekma *not. Man. ad Stat.* 3. 2. 67. ubi judicatum de summa 1600. Carolinorum. Ratio, quia tales sententiæ non adferunt peremptorium præjudicium. Nec enim pecunia tolli potest, nisi sub cautione de restituendo, quod est commune requisitum omnis pecuniariæ condemnationis infra summam prædictam, *Edicto* 13. *Septemb* 1610. excepto Fisco, qui nunquam cavet; idemque de Fisco improprie dicto municipiorum esse observandum, placuit Curiæ nostræ ad libellum *W. G. contra Renicum a Burmanea, d* 4. *Jun.* 1630. Si plures summæ una sententia comprehendantur, si quidem ex una causa veniant, fit cumulatio, non si ex diversis principiis, quod Sandius *ibidem* exemplis illustrat. Idem negat, Edictum habere locum adversus actorem, si is repulsus & in expensas sit condemnatus, quæ sunt infra summam 200. florenorum. Idque ideo, quod edictum non loquatur de *sententiis absolutoriis*, sed tantum de condemnatoriis, quod ego nec in veteri, nec in recentiore Edicto reperio, utrumque de sententiis & appellationibus simpliciter loquitur.

3. Quæsitum est, an pendente appellatione pecuniæ controversæ Arresto præcludi possint, atque an hæc sit novatio? Est sane aliquid novi, quod prius non fuit, sed tamen est ejusmodi novitas, per quam nihil innovatur, verum res manet in statu, quo fuit ante sententiam, adeoque & ante fieri potuisset. Judicatum est igitur, arrestum post sententiam, appellatione pendente, non præjudicare argumento *hujus* rubricæ. *d.* 23. *Januar.* 1660. Aliud quæsitum fuit; Sempronius despondeerat sibi puellam sine voluntate Patris, sed nondum eam solenniter duxerat. Condemnatus erat a judice loci in mulctam, & abstinendum a cohabitatione. Appellaverat, ac interim cohabitationem continuare volebat, a qua judex inferior eum cohibebat. Conquerebatur, & petebat inhibitorias, argumento hujus tituli, quod hæc esset innovatio, cohabitationem inchoatam sibi pendente appellatione permittendam; Sed repulsam tulit, eo quod ille status cohabitationis ante celebrationem publicam, non erat status juris, sed facti illicitus. Si matrimonium fuisset legaliter celebratum, prohibitio cohabitationis fuisset innovatio, ut videtur. Dices; Matrimonium fit consensu: sed respondetur, postquam publici ritus sunt recepti, licet ad substantiam matrimonii non pertinentes, faciunt tamen, ne ante id tempus coire & cohabitare fas sit, ut *suo loco* dictum. Ita judicatum *ad libellum J. Helmichs, ante ferias O. S.* 1631.

4. Hactenus de novatione, quæ inter utramque facienda sit instantiam. Sequens est consideratio, an ipsum Appellationis judicium aliquid novi recipiat, novam Litis contestationem,

(b) *Pos.* 5.

bit, nec, appellante licet renunciante, aliter faciet; tum judex ad quem, si non singulares circumstantiæ aliud suadeant, absque communicatione rescribet, &, rejecta appellatione, partem aut patronum 5. 10. & amplius thaleris puniet, addita rescripto clausula, ne ullam ulteriori appellatione moram sibi fieri judex a quo patiatur, *O. P. S. F. I. & E. Tit.* 31. §. 7. *Conf.* §. 8. ubi: Apostolis non redemtis, nihilominus, quid actum, ex officio judici ad quem significari debere, constituitur, sumtus vero ab appellante post principis rescriptum repetendos esse, immo quotiens appellatio videtur deserta, aut non admittenda, JCtorum sententiam non esse requirendam, sed referendum ad judicem superiorem, qui ejusmodi appellationes, indicta mulcta, & pro re nata, addita clausula, ne se amplius appellando morari patiantur, rejiciet. §. 9. cautum est, acta ad judicem ad quem esse transmittenda, sive refutatorii fuerint apostoli, sive reverentiales,

nem, novas probationes, argumentationes, an vero ex iisdem Actis a superiore sit judicandum. Non opus esse nova litis contestatione, nec probationibus uti licere novis, nisi pertineant ad positiones apud priorem judicem propositas, tradit D. Wissenbach. *ad h. tit. de Libell. Dimiss. th.* 2. Usum fori secus ferre, novamque fieri litis contestationem, novas admitti probationes, etiam super articulis plane diversis, satis constat, Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 41. *vers. Contrarium*, Gail. 1. *obs.* 75. & 105. Nostroque in Foro, quod minimum a Jure Civili recedit, adeo cuncta nova sunt in processu Appellationis, ut præter libellum & responsionem, juxta sententiam, & si quam reus fecerit oblationis copiam, nulla veterum actorum prioris instantiæ neque positionum ratio habeatur. Debet quidem esse eadem res, eadem causa, & eadem summa petitionis: Sed argumentis & probationibus arbitratu suo utrimque novis uti possunt, *lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 62. & 63. ac ita fert usus; ut aliquando contingat, causas male defensas vel adstructas, per appellationem, meliorum ope rationum testiumque & instrumentorum retractari.

5. Quid Jus civile ferat, Leges docere debent. Ex *l.* 13. *C. de Procurat.* solet probari, in appellationis judicio non esse opus nova litis contestatione. Sed est ibi oppositio inter primam litis contestationem & Appellationem: Unde potius diversum colligas: Et sane, quando novum esse judicium non negatur, *l.* 6. *in pr. C. de appell.* non videtur nova litis contestatio abesse posse; Cui accedit, quod in §. 1. *d. l.* 6. si litigator minus se allegasse crediderit, *quod in priore judicio fuerit omissum*, hoc apud eum, qui de appellatione cognoscit, prosequi licere traditur. In §. 2. datur facultas *alios producendi testes*, *quam prius adhibiti fuerint*, sine limitatione, *si sint eædem positiones*; hæc autem novum judicii processum, adeoque novam litis contestationem supponere videntur. At in diversum nos vocant alii textus. *Lege* 15. *C. de Appell.* præcipitur ut *acta judicii ad plenam instructionem Superioris transmittantur*, *ne lis incognito negotio dirimatur*. In *l. ult.* §. 1. *C. eod.* prohibentur litigatores uti dictis prioris instantiæ, *nisi quid explicandum, aut, si quid novi habeant, addendum fuerit*; alioqui *sufficere* prioris judicii *gestorum volumina*, ad magistratus scriniorum *introducta*. Quod igitur supra de novis probationibus dictum est, quomodo accipiendum sit, habetur *l.* 4. *C. de Tempor. Appell. Licentia patet tam appellatori quam adversæ parti*, *novis etiam assertionibus utendi*, *vel exceptionibus*, *quæ non ad novum capitulum pertinent*, *sed ex illis oriuntur & illis conjunctæ sunt*, *quæ apud anteriorem judicem noscuntur propositæ*. Ex his constat, Superiorem Judicem ex iisdem actis causam cognoscere & sententiam ferre, salva partibus explicandi & addendi facultate intra eosdem disceptationis limites, ut nec opus sit nova litis contestatione, cum etiam ab una parte persecutio fieri possit. *l. ult.* §. 4. *in pr. C. de Temp. appell.* ubi; *sive ex una parte*, *sive cognitionaliter*.

6. Moribus, ut dixi, Germaniæ & nostris, necessaria est nova litis contestatio novusque Processus. Etsi in Hollandia, si quando a Curia ad Supremum Consilium fit appellatio, res ex iisdem actis judicatur, nec ideo novis probationibus, sine beneficio restitutionis uti licet. Groeneweg. *ad l.* 4. *C. de Tempor. appell.* Idem de Gallis testatur Autum. *ad d. l.* 4. At in provocationibus a sententiis judicum inferiorum, alia ratio est. Sed Conclusio, ut antea dictum, id est summa petitionis semper in iisdem terminis versari debet; nec hactenus novum aliquid admitti potest. Ea de re sic est quæsitum; In priore instantia Reus injuriarum, concluserat ad rejectionem actionis, etsi injurias sibi vicissim illatas querebatur, quas compensari oporteret; verum hujus compensationis, conclusioni ipsi non insertæ, non erat habita ratio. In Appellationis libello non modo referebat injurias sibi vicissim factas, sed etiam in conclusione petebat, ut compensarentur. Adversa pars excipiebat contra hanc novationem. Sed exceptio rejecta est, ob hanc rationem, quod Compensatio ipso jure fiat, etsi non petita; si modo ex actis de facto reciproci debiti constet, adeo ut petitio compensationis non sit factum novum, quando qui compensat, nihil compensare dicitur, *l.* 21. *de Compensat.* In causa *Tiardi Hieronymi*, contra *Gabrielem Roqueval anno* 1680. (c) Denique probationem in judicio Appellationis incumbere iisdem, quibus in priore judicio incubuit, non est dubium, nisi vitium Processus arguatur, quod Appellans demonstrare debet. Mascard. 1. *de Probat. concl.* 115. Wissenb. *ad Tit. de Apost. num.* 24.

TIT.

(c) *Pos.* 4.

TIT. VIII.

Quæ ſententiæ ſine appellatione reſcindantur.

I. Senſus rubricæ. II. Inductio per ſpecies. III. Expoſitio l. 1. §. ult. h. t. *IV. De uſu hodierno.*

SEnſum hujus Rubricæ dedimus ad *princ. tit. De Appellation.* ſcilicet, quid juris interſit inter Reſciſſionem, quæ fit per Appellationem, & Nullitatem, quando Sententia eſt ipſo jure nulla, † neque requirit hoc remedium. Caſus, & an ejus differentiæ effectus adhuc ubivis ducet, attigimus ad *tit. de Re Jud. n.* 48. Hoc ſibi vult Rubrica; *Quæ ſententiæ ſine appellatione reſcindantur.*

2. (a) Species videamus; cum contra ſacras Conſtitutiones judicatur, appellationis neceſſitas remittitur: contra Conſtitutiones autem judicatur, cum de jure conſtituto, non de jure litigatoris pronuntiatur. Ergo ſi judex ita dixerit; neque filios, neque ætatem ad tutelæ excuſationem prodeſſe, vel potuiſſe defunctum etiam minorem quatuordecim annis teſtamentum facere, de jure conſtituto pronuntiaſſe intelligitur; quod ſi negaverit de ætate probatum eſſe, de jure litigatoris pronuntiaſſe intelligitur, quo caſu appellatio neceſſaria eſt. *l.* 1. §. 2. *h. l.* 2. *C. Quando Provoc. non eſt nec.* Porro nec opus eſt appellatione a ſententia contra rem judicatam lata, *l.* 1. *C. Qu. provoc. nec. non eſt.* nec III. a judice incompetente lata, aut qui modum & tempus ſuæ poteſtatis exceſſit, *l.* 5. *&* 6. *C. eod.* IV. vel ex errore calculi. *l.* 1. §. 1. *h.* vel V. ſi quis condemnatus tanquam contumax ex edicto peremptorio, quod neque propoſitum eſt nec in notitiam pervenit, *l.* 1. §. *pen. hic.* ſi reus tempore, quo ſententia dicitur, in rebus humanis eſſe deſiit. *l.* 2. *hic. l.* 59. §. *fin. de re jud.* VI. Si talis ſit condemnatio, cui pareri per rerum naturam non poteſt. *l. fin. hic* adde Struv. *h.*

3. Huc etiam pertinet, quando judex de cauſa Reconventionis non tulit ſententiam, ſed de conventione tantum, non eſt neceſſe hunc appellare ad effectum ſuſpenſivum executionis obtinendum, ſic enim legibus obtinet, ut executio ſententiæ latæ differatur, uſque dum altera æque perlata fuerit; ſed tamen recte appellatur, ſcilicet ad effectum devolutivum cognitionis; quæ eſt explicatio *l.* 1. §. *ult. h. t.* Ex quo loco ſunt hæ duæ obſervationes: I. Quod ſententiæ conventionis & reconventionis, pari non ſemper incedant paſſu. II. Quod diſtinctio inter effectum appellationis ſuſpenſivum & devolutivum, non ſit penitus a jure aliena, quod quidem hoc caſu liqueat.

4. De uſu hujus tituli, Groenewegius *ad tit. C. Quando provoc. nec. non eſt.* Hic titulus nuſquam receptus eſt, *ait*, Noſtris enim & aliorum moribus * neceſſaria eſt Appellatio, etiamſi ſententia ſit ipſo jure nulla, pluresque citat Galliæ Belgarumque ſcriptores Rationem ait eſſe, quia *nullitates Proceſſus hodie non attenduntur, ſi de meritis cauſæ principalis conſtet.* Atqui hæc ratio non convenit plerisque nullitatibus, quarum exempla *ſupra* ſcripſimus, quæ ad ſubſtantiam negotii potius quam ad modum procedendi pertinent. Proinde ſi non eſt opus appellatione, præterquam ſi vitium proceſſus arguatur, nimis temere Cenſor univerſi tituli uſum abolevit. Præſertim ſi addamus exceptiones, quas ipſe ponit. Ait enim, Tituli uſum ſupereſſe in ipſis vitiis Proceſſus; ſi nullitas procedat ex defectu iuriſdictionis, citationis, mandati procuratorii, & ſi lata ſit nulla ſententia in Curia ſuprema. Quas exceptiones ſi addas ei, quod dictum, nullitatem adhuc uſum habere diſtinctum, ſi aliunde quam ex vitio proceſſus oriatur, parum aberit, quin Groenewegii criſin convertere liceat, uſum tituli ſupereſſe hodieque, exceptis caſibus

(a) *Poſ.* 1. 2. 3. *&* 4.

† Quod ad nullitatis remedium attinet, negligenda eſt JCtorum nonnullorum diſtinctio, inter decreta & ſententias; Quæ in O. P. V. conſtituta ſunt, de nullitate ex defectu citationis, vel mandati oriunda, neutiquam ſunt intelligenda; denique cum nullitatis remedio intra ſpatium Saxonicum interpoſito, incumberet ei, qui interpoſuerat, anniti, ut citationes intra geminatum ſpatium Saxonicum ſiant, hoc nunc in ſimplex tale ſpatium coarctatum eſt. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 18. §. 1.

* Non certe Saxonicis, uti videre eſt ex *Ord. Proc. Saxon. Tit.* 31. & ad eum Commentatoribus, *inpr.* Ill. Menken. *d. l. p.* 430.

bus quos ipse viderit; nec enim expressit. (b) Plane hoc verum est, querelam nullitatis per modum provocationis ad judicem superiorem factæ administrari, per modum, inquam, non jure appellationum: cujus rei argumentum habeo, quod tales sententiæ & similes, *tit.C. Quand. prov. nec. non est*, nunquam transeunt in rem judicatam; & ad 30. annos impugnari possunt proposita nullitatis querela apud eundem vel superiorem judicem. Sera tamen nullitatis querela, temporibus appellandi elapsis, nisi evidens sit, non solet impedire executionem, idque ob metum calumniarum. Gail. 1. *obs.* 113. *n.* 24. add. Struv. *h.*

TIT. IX.

An per alium causæ Appellationum reddi possunt.

(a) HUic Quæstioni, quam Rubrica præfert, ita satisfacit Ulpianus in *l.* 1. *h.t.* In rebus pecuniariis agi possunt causæ per Procuratorem, etsi ignominia inde sequatur: In criminalibus *non licet*, si causa sit *ex qua sequi solet pœna usque ad relegationem*, ait textus. Quid si pœna sit ipsa relegatio, licetne dare procuratorem? Licere censet Menoch. qui verba *usque ad* intelligit *exclusive*. 1. *de arbitr. cas.* 10. *num.* 129. & *cas.* 387. *n.* 13. Nec ratio abhorret; Etenim in pœnis corporalibus dato Procuratore, non posset ipse reus absens adfici pœna; quod in Relegatione habet facultatem; etsi in foro nostro sic est receptum; Ex vinculis reos mitti in exilium; nec ideo procurator, qui absentem defendat, in talibus admittitur. Nec alia mens Ulpiani in hac positione *d. l.* 1. Sed *si ea causa sit, ex qua sequi solet pœna usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, -- plane si pecuniaria &c.* Adde Wissenb. *ad h. tit.* qui ex Claro & Gomezio narrat usum Fori hunc esse, ut si pœna corporalis non sit, causa per Procuratorem agi possit. Quod juri nostroque usui, quemadmodum dixi, convenire non videtur.

TIT. X.

Si Tutor, vel Curator, Magistratus creatus appellaverit.

(a) SIc Rubrica legitur; disjunctiva tamen transposita, melius ni fallor, *Si Tutor, Curator, vel magistratus creatus appellaverit.* Agitur enim heic de provocatione a muneribus publicis, sive illa Tutela, vel Cura sit, seu Magistratus: non quid juris, quando is, qui Tutela aut Cura fungitur, ad Magistratum vocatus est, ut Rubrum nunc indicat. Qui vocatus est ad munus publicum, statim appellare potest. *l.* 1. *C. de temp. appell. l.* 1 *de vacat. & excus. mun.* Non tantum a tutela & cura, quæ in privatis patrimoniis versantur, sed etiam a vere publicis administrationibus, ut si quis Centurio, Signifer, aut ordinis inferioris in civium centuriis creatus, aut etiam Diaconus; quomodo Doctorem Juris Rostochiensem, quem Diaconum sui creaverant, ad Supremum Suedici regiminis Consilium, quod est Wismariæ, provocasse, & implorato Academiæ nostræ, in qua promotus erat, testimonio, absolutum esse memini. Apud nos appellatio in talibus parum usitata, minime tamen abolita est, multoque satius foret, hoc uti remedio, quam tot conflictari difficultatibus: quot aliquando vidimus agitatos, qui id genus muneribus subducere se volebant. Olim etiam a tutela & cura statim appellari solebat, donec Divus Marcus ita constituit; *Si quis Tutor datus fuerit, eum non oportere provocare, sed intra tempora præstituta excusationem allegare; &, si fuerit repulsus, tum demum appellare debere. l.* 1. §. 1. *Quando appell.* qua de re satis controversa, sategimus *ad tit. de Excusat. n.* 7. Pendente appellatione non cogitur quidem ad munus subeundum qui appellavit, verum si rejecta sit appellatio, tenetur ad omne damnum pupillo vel Reipublicæ, quod exinde profectum est, sarciendum, *l.* 1. *h.t.* quo respectu, si pendente appellatione provocantes moriantur, hæredes eorum appellationem prosequi compelluntur. *l.* 2. *h.*

TIT.

(b) *Pos.* 5. (a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.*

TIT. XI.

Eum, qui appellaverit, in provincia defendi.

TIT. XII.

Apud eum, a quo appellatur, quam causam agere compellendum.

(a) Appellatio est remedium tralatitium, nec etsi judicis sententia retractetur, is ideo causam offensionis adversus appellantem suscipere debet. Nec enim quod superior judex aliter sentit, ad ipsius contumeliam pertinet. Nihil tam humanum, quam

Diversum sentire duos de rebus iisdem.

Forte qui primus judicavit, aliter secundis curis censeret; Forte aliis rationibus causam Appellans suam defendit, quam prius. Mali vel stulti sunt judices, qui appellationes a se fieri ægre ferunt. Reperiuntur tamen, & usus docet dari hodieque, nec olim defuisse, docent hæ duæ Rubricæ.

Appellavit aliquis a Præside Provinciæ; prosequendæ appellationis causa abest e Provincia, vel domi quidem agit, sed judicem quasi offensum perhorrescit. Non vellet apud eum defendere causam: Sed Jura non probant hunc metum inanem, nec absentiæ causam, utpote quæ non est Reipubl. gratia; Jurisdictio nihilominus habet suum consuetum cursum, defendere se debet appellans in aliis causis apud competens ordinarium tribunal. Quod si judicem appellationis putet irritatum, in nova causa iniquiorem sibi fuisse, paratum est denuo Appellationis remedium, *his titt.*

TIT. XIII.

Si pendente Appellatione mors intervenerit.

I. Quid juris, si hæres non extet, aut si extet, quando non teneatur prosequi appellationem. II. Quando hæres ad prosequendam appellationem teneatur. III. Quid usu hodierno.

(a) Non decet esse mortis immemores, quæ, ut res sunt hominum, spes litigantium nova judicii expectatione sufflaminatas eludit. Appellante mortuo sine hærede, non potest non evanescere appellatio. *l. un. pr. h.* Hæres si extet, is appellationem prosequi vel deserere potest, cogi non potest, nisi quatenus interest tertii, *d. l. un.* quemadmodum de hærede Tutoris dati intelleximus ex *l. 2. Si Tut. vel Curat.* eum cogi ad prosequendam appellationem, propter periculum medii temporis. Quin etiam Tutoris, qui rationes reddidit, hæres appellationem in causa pupilli institutam prosequi tenetur, *l. un. §. 1. h.* ubi ratio redditur, quia sufficit Tutorem mortis tempore ad causas appellationis reddendas obligatum fuisse. Tenetur igitur hæres, quem admodum defunctus tenebatur, de quo mox aliquid.

2. Proinde quoties nihil interest alterius, appellationis prosequendæ nulli incumbit necessitas, *d. l. un. h.* ut si pater tuus ad Decurionatum evocatus appellationem interposuerit, eaque pendente concesserit in fatum. *l. 4. C. h. t.* Item, si quis sine ademptione bonorum relegatus fit. *d. l. un.* Nam bonis relegati, aut deportati, vel in metallum dati, per sententiam publicatis, hæres ea non potest recuperare, nisi appellatione superior factus, *d. l. un.* secus si requirendus, dumtaxat ab annotatione bonorum appellaverit, ac ante actam causam mortuus sit; tunc bona ad successores pertinent, *l. 2. C. h. t.* quod est exemplum, nisi fallor, appellationis ab interlocutione, vel gravamine non definitivo, nec quod per definitivam corrigi non possit. Quod si capitali supplicio damnatus, bonis etiam publicatis, appellaverit, intereaque decesserit, hujus morte cri-

(a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.*

te crimen extinguitur, neque de bonis ulla quæstio superest. *l.* 3. *C. h. t.* Denique casu quo hæres tenetur ab prosequendam appellationem, non tantum habet residuum tempus, quod defuncto de fatalibus supererat, sed etiam alios quatuor menses, eosque, si deliberandi jus impetraverit, post tempus deliberandi elapsum. *l. ult. C. h. t.*

3. Moribus hodiernis, quemadmodum defunctus introducta appellatione per oblationem Apostolorum, (ubi recepti sunt) compelli potuisset ad anticipandam prosecutionem appellationis, vel ad eam deferendam, idem adversus hæredem decerni potest, quod in Hollandia vocant ad *arrementa*, id est, armamenta causæ *readsumenda*. Groeneweg. *ad h. tit. C.*

DE REVISIONE.

IV. Revisio cum Supplicatione confertur. V. In effectu executionis, cautionis. VI. Quo tempore petenda Revisio. VII. Modus introducendi. VIII. De mulcta temerariæ revisionis. IX. Modus eam prosequendi. X. Effectus sententiæ. XI. In quibus causibus cesset. XII. An detur Revisio Revisionis. XIII. De Revisione majore, quibusdam in locis.

4. AD imitamentum Supplicationis jure Romano cognitæ, moribus hodiernis introductam esse *Revisionem*, aliquoties dictum. Opus est paulo pressius comparentur. Supplicatio datur a sententia præfecti prætorio, quoniam is vice *sacra*, id est Imperatoris, judicat. *l. un.* §. 1. *de Off. præf. præt.* Revisio fit etiam a sententia supremæ Curiæ, quæ Principis vice judicat.

5. (b) Supplicatio facta cis decem dies a lata sententia, suspendit effectum sententiæ, nisi victor caveat de restituendo, si judicatum retractetur; post decennium facta, non suspendit executionem. *Nov.* 119. *c.* 5. ubi Rittershus. 10. *Expos. c.* 4. *num.* 6. Idem in Revisione servatur, & cautionem oportet esse fidejussoriam, *d. c.* 5. non sufficiente possessione rerum immobilium, ut in nostra Curia sæpe judicatum; nec juratoria cautione, pro illustribus & pauperibus, ut olim judicio sistendi causa; quia rem peremptorii præjudicii a jurejurando suspendere, non est tutum: ac ita servatur apud nos, etsi aliter Bouricius fori nostri celebris Advocatus, *tract. de offic. Advoc. sub. fin.* Quatenus autem securitati victoris consuli potest, haud abs re fit non spernere jusjurandum, quomodo judicatum in Quæstione super Emptione venditione. Post revisionem intra decem dies institutam, jurejurando victoris interposito, placuit Emptionem venditionem pro valida recipi, & traditionem rei venditæ, ac ita sententiæ executionem fieri, sed pretium durante revisione, manere sub Emptore, qui Revisionem petierat, usuris quincuncibus, si judicatum maneret, & sub lege finiendi Processum revisorium intra sex menses. Erat *medium* quid, *d.* 30. *Jan.* 1640. *referente Nauta.*

6. Cæterum, post decem dies, Supplicatio retinet quidem effectum cognitionis devolutivum, ut retractatio fieri queat, sed absque suspensivo effectu executionis. *d. cap.* 5. *Nov.* 119. *in fin.* idem de Revisione servatur: quæ apud nos eo modo institui debet ac introduci intra biennium post sententiam, *lib.* 3. *Statut. Fris. tit.* 32. *n.* 2. *Ed. d.* 24. *Febr.* 1654. ubi de reliquis ad Processum Revisionis spectantibus. Quod si victor biennium expectare nolit, quatenus sæpe Revisiones eludendæ executionis causa proponuntur, receptum apud nos est, quemadmodum de Appellatione diximus, ut victor impetrantem Revisionis vocare possit ad inchoandam instantiam, cui si non pareat, judex ei terminum præfigit, intra quem agat, aut sileat.

7. Modus in Revisione disceptandi, est ab antiquo apud nos, ut Advocatus Impetrantis prima audientia, viva voce causas faciendæ retractationis exponat, quod a majoribus ita institutum est, ut saltem hac solenni occasione Patroni forensem eloquentiam exercerent: Sed postquam orationes judiciales apud nos exoleverunt, Advocati ad specimina dicendi plerique nullo modo facti, (magno, ut mea quidem fert animi sententia, dedecore florentissimi ordinis) Patroni revisionis, ordini publico dicis gratia satisfaciunt, & libellum Revisionis viva voce prælegunt e scripto, raptim

(b) *Pos.* 2 *tit.* 7. *h. l.*

titi & definitorie; quod nec aliter, ut par est, a circumstantibus accipitur, ut nec aures suas commodent, neque res alias satagere desinant; non sua profecto, sed recitantium culpa; ut longe satius esset libellum simpliciter tradi, quod fit in aliis instantiis, quam *gloriosæ vocis*, quam leges Advocatis adscribunt, *honorem* prostitui.

8. Juxta introductionem Revisionis, Impetrantes consignare debent quinquaginta florenos Carolinos, quos sententia emendata recuperant, alioqui perdunt; qui successerunt in locum quinquaginta librarum argenti, quæ mulcta temere appellantibus olim infligebatur. *l. 5. in fin. C. Quor. appell. non recip.* Quid si transactione causa finiatur; Existimo posse repeti mulctam, quia non aliter præstatur, quam *si claruerit, appellantem cognitoris intentionem perperam suspendisse, d. l. 5. in fin.* quod transactione facta non magis liquet, quam si non petiisset revisionem, cui accedit, quod minime peccare videtur, qui in dubia causa contra fiscum facile responderit. *l. 10. de jur. Fisc.*

9. Ad libellum Revisionis victor & jam denuo reus, vel respondere, vel ad dicta prioris instantiæ se referre potest, si nihil addendum habeat: Alioqui juris rationes, in quascunque velit partes, novas adducere potest; de facto nihil admittitur novi, nec etiam exceptiones seorsim a responsione principali, verum si quas habeat exceptiones, hæ pariter cum litis contestatione proponendæ sunt, ad *utrumque finem*; concludendo, non admitti Revisionem ob exceptionem, vel in priore sententia *persisti*. Scripturis ad duplicam usque perfectis, hæ cum prioribus Actis a partibus *evangelisantur*, (hoc vocabulum vi clam irrepsit in usum fori nostri) id est conferuntur & instruuntur: ipsique Curiæ, cui nemo quam Illustrissimus Gubernator adjungitur, revidendæ offeruntur. Alibi acta mittuntur ab alias Curias, aut novi judices prioribus adjunguntur.

10. Sententia pro uno consortium lata, prodest etiam alteri, sicut in Appellatione dictum est *ad tit. de Appell.* atque a Curia nostra judicatum est in causa *Annæ Agnetis Baronis de Swartsenb.* viduæ *Allwillæ*, contra *Helenam B. de Swartsenb. d. 5. Jul. 1679.*

11. Cessat Revisio sine dubio in caussis, quarum appellationes non recipiuntur; de quibus *in tit. de Appell. recip.* Præterea non placuit in Curia nostra admittere Revisiones in caussis criminalibus, ne quidem capitalibus, ut judicatum ad Supplicationem *Cornelii Cuijk* capitis ob homicidium damnati. *d. 9. Martii 1619.* Nec in matrimonialibus, ut sæpe rescriptum est, nominatim in causa *Idæ Hania*, contra *Matthæum Romberti, ante ferias O. S. 1610.* Jacobi Feikens, *contra* Johannem Nicolai, *Septembr. 1640. Catharinæ Lausenbach*, contra *Johannem Buttinga, d. 10. Decemb. 1660.* Non puto etiam, in judiciis possessoriis admissum iri, *arg. l. un. C. Si de moment. poss.* & quia transitus ad petitorium judicium abunde satisfacit. Nec admittitur in pronunciationibus ad libellos supplices, ne quidem in casu, quo *Reauditio* negatur, id est, quando Rescriptum, causa summatim cognita, ab ipsa Curia datum est, ut meminu esse decretum & rescriptum.

12. Quæsitum est, an detur Revisio Revisionis; & dicendum non dari, quia post Supplicationem a sententia Præfecti Prætorio, non datur alia supplicatio. *l. 5. C. de Precib. Imp. off. Ordin. Judic. Spir. tit. 53. §. Im. Fallaber.* Gail. 1. *obs. ult.* Et quia noxium est publico bono, atque absurdum pro auctoritate rerum judicatarum, præsertim ubi Revisio fit ab iisdem judicibus. In nostra tamen Curia vicit hæc sententia, quod bis quidem condemnatus novam revisionem petere non possit, verum qui priori instantia vicit, at in Revisione condemnatus est, ut hic denuo Revisionem petere possit. Etsi non defuere, qui aliter sentirent, quos inter Vir Amplis. *D. Matthias a Vierssen*, Supremæ Curiæ Senator Primus, libello *edito* contrariam sententiam adstruxit, hinc ab annis fere XXXVI. Sed ea, quam dixi, opinio in usum fori invaluit; forte etiam, quominus ad revisionem magnam, quam vocant, partibus ingenti sumptu & metu transire necesse sit.

13. Etenim ut Supplicatio potest fieri vel ad ipsum Præfectum Prætorio ejusque consiliarios, vel ad Principem, *Nov. 119. c. 5.* sic etiam Revisio vel fit ad Supremam Curiam, vel ad Principem ejusve Consilium supremum; hoc tamen discrimine, quod in jure Romano non sunt diversi gradus illi. *d. l. 5. C. de Precib. Imp. off.* Sed Carolus V. in Edicto *d. 30. August. art. 13. & 10. Julii 1531.* cum Ordd. consensu statuit, ut post Revisionem adhuc liceat petere aliam Revisionem faciendam a magno Senatu Mechliniensi. Et abrogato Hispaniæ Regis Imperio, suprema Supplicatio fit ad Ordines tanquam ad Principem Reipubl. a quibus vocantur in Consilium

tres

tres exteri & totidem indigenæ Jurisconsulti, tam theoriæ quam praxeos periti, atque ab his eodem modo proceditur, quo prius apud Curiam Mechliniensem solebat, ex Decreto *d.* 10. *Maji* 1593. secundum formam *lib.* 3. *Stat. tit.* 32. *n.* 13. *n.* 20. *&* *n.*25. præscriptam. Diximus in *Jurispr. hod. part.* 2. *lib.* 2. *Cap.* 46. *&* 47.

TIT. XIV.

De Jure Fisci.

I. Quid fiscus, & differentia ejus a re Cæsaris privata, Domanio, Ærario. II. Municipia non habere Fiscum, & usus ejus rei. III. Species; & jura fiscum augendi. IV. Aliæ species, & jura conservandi fiscum.

(a) Absoluta sunt, quæ ad jus privatum pertinebant. De jure publico ex professo in Institutionibus & in Pandectis non agitur. Quædam nihilominus hisce capitibus, quæ sequuntur, delibata sunt, facto initio a Jure Fisci. Significat autem Fiscus pecuniam publicam; metonymice, quia Fiscos, id est viminea vasa olim custodiendæ pecuniæ publicæ adhibebant. Discrimen ab ærario, quod Romani Principes verbo magis quam re introduxerunt, de quo diximus in *lib.* 3. *Digress. cap.* 21. hodie nullum est, nisi quod fiscus maxime de emolumentis, quæ Princeps habet extra tributa & vectigalia, at de his ærarium magis usurpatur. Ait quidem Ulpianus in *l.* 2. §. 4. *D. Ne quid in loco publ. Res fiscales quasi proprias & privatas esse Principis*, hoc tamen *reduplicato*, ut ajunt, accipiendum, *qua Principis*. Nam bona Cæsarum privata sub primis Imperatoribus & a Fisco & ab ærario distincta fuere; sicut hodieque bona Principum forent, si cum Domanio non jungerentur, quomodo Borbonii suas ditiones, quas olim habuere distinctas a Domanio Gallico, si cum eo non essent unitæ; etiamnum haberent, quemadmodum Rex Angliæ Guilielmus suas res, tam a Domanio quam ab ærario & a Fisco Anglicano tenet separatas. Ubi hoc servatur, ibi bona Principum quadruplicia esse queunt; Privata, Domania, Fiscalia, & Ærarium. Privata, quæ Princeps non habet ut Princeps, sed etiam ante & citra Principatum. Domania, res dominicæ in Jure, sunt bona perpetua & stabilia, Principi unde se exhibeat adsignata. Fiscalia, sunt emolumenta fere accidentalia, quæ maxime per confiscationes accedunt. Ærarium, contributiones & vectigalia continet. Prima & ultima species huc non pertinent: Duo media sæpe confunduntur aut junguntur, etiam in *hoc tit.* ut videtur; Etiam moribus passim, quomodo apud nos quoque fiscalia cum Dominicis rebus sive domanio, conjunctim habentur.

2. Sit igitur Fiscus, pecunia Principis publica, quam proinde non habent civitates municipales, *l.* 10. *D. ad Municip.* quibus proinde de nullum ex his, quæ fiscalia dicuntur jura, competit: * quomodo a nostra Curia superioribus annis judicatum est. Cum peregrini conjuges, sine hæredibus, ut credebatur, defuncti essent, *Bolswardiæ* Civitas illa bona sibi vindicaverat: Sed reclamante procuratore generali, *Domanio* Provinciæ adjudicata sunt: Etsi Querela Civitatium, quod cum Pauperes Peregrini illorumque liberi ad ipsarum onus pertineant, Divites ad earundem referri debeant commodum, specie momentoque rationis non caret. Bolswardienses tum quidem id egerunt, ut cognati illorum Conjugum ignorati emergerent, quod fere usu venit.

3. (b) Jura Fisci præcipua distingui possunt ita, quod vel ad Fiscum augendum, vel rem ejus custodiendam pertineant. Ad augendum eum spectant Commissa vectigalium, Indignorum & variæ mulctæ, Caduca, Bona vacantia & Nullius. De Commissis vectigalium, (nam vectigalia ipsa sunt ærarii) diximus *ad tit. de Public. & de Vectigal. & Commiss.* De hæreditatibus & legatis, quæ ut indignis auferuntur, habuimus proprium titulum *de His quæ ut indig.* Huc etiam referri potest, qui ædes suas negotiandi caussa destruxit. *l.* 1. *h.* & *l.* 52. *de Contrah. empt.* His proximæ sunt mulctæ, quæ varias ob causas Fisco applicantur, velu-

(a) *Pos.* 1. *&* 2. (b) *Pos.* 7. 8. 9. 10. *&* 11.

* In Saxonia tamen Jura fisci in bonis vacantibus, ad eos pertinent, qui Jurisdictionem Criminalem habent, teste Beiero in *Delin. Jur. Civ. ad Inst. de Succes. ab Intest. pos.* 20. *&* *in not.* *&* *ad D. h. pos.* 2.

veluti pœna 50. aureorum in singulos terminos motos. *l.* 3. *de Term. mot* Qui rem litigiosam vendidit, præter rei ipsius restitutionem, alterum tantum Fisco inferre cogitur. *l. ult. C. de Litig.* Sed non est hic animus omnes mulctarum species referre; Summa capita jurium fiscalium monstrare satis est. Bona damnatorum huc etiam pertinent, de quibus *ad tit. de Bon. damnat.* egimus. *Caduca* fuerunt olim Hæreditatum & Legatorum, quæ inter mortem Testatoris apertasque tabulas deficiebant, quæ ab Augusto instituta sustulit Justinianus *in l. un. C. de Caduc. toll.* De bonis vacantibus eorum, qui sine hærede moriuntur, locuti sumus in parte prima *lib. 3. in pr. ad Nov.* 118. *sub fin.* ubi de denunciatione. Cæterum, nec ab omnibus denunciari potest, *l.* 2. §. *pen. l.* 13. §. *ext. u.* 5. *l.* 16. & *l.* 18. *hic.* neque ex omnibus caussis. *l.* 1. §. *in bona.* 1. *l.* 11. *l.* 13. *l.* 22. §. *pen.* & *l* 45. *hic.* Sunt etiam pœnæ singulares in temere aut falso deferentes constitutæ. *l.* 2. *l.* 15. & *l.* 42. §. *fin. eod. l.* 4 *C. de delator.* Nec coram omni judice, *l.* 7 & *l.* 45. §. 7. *hic.* t. *t. C. ubi caus. fiscal.* nec omni tempore caussa fiscalis agitari potest. *l.* 13. § *antepen. hic.* Nam omnibus fiscalibus quæstionibus 20. annis præscribitur, *l.* 1. §. 3. *hic.* & *l.* 13. *de divers. temp. præsc.* excepta quæstione de vectigali non soluto, cui quinquennio, *l.* 2 *de vectigal.* & nunciatione bonorum vacantium, cui quadriennio præscribitur. *l.* 1. §. *Divus.* 2. *hic.* De Præscriptione servamus, opinor, hodie; In cæteris, quæ ad modum regiminis publici spectant, quisque suæ reipublicæ ordinem consideret oportet.

4. (c) Ad conservandum fisci jus varia pertinent Habet enim multa jura præcipua, id est privilegia fiscus, veluti jus pignoris ex contractu, *l.* 46. §. 3. haud perinde in pœnis, *l.* 17. & *l.* 37.* nec cum privato succedit. *l.* 6. *h.*

Quibus adde, quod is qui non adquirit, in fraudem fisci alienare censetur, *l.* 45. quod alioqui secus est, *l.* 6. *pr. de his quæ in fraud. cred.* excepto tamen patre, qui capitis damnatus hæreditatem in *fisci* præjudicium repudiare potest. *l.* 26. *h. t.* Speciale etiam est, quod is qui res fisci subtrahit, in quadruplum sæpe punitur. *l.* 6. *in fin. ad L. Jul. pecul. l.* 46. §. *f. h.* & *l.* 1. *in f. C. de natur. lib.*

Privatos ad editionem instrumentorum cogit. *l.* 2. §. 1. *hic.* Conductores rerum publicarum invitos detinet, si maximos fructus fecerint. *l.* 11. §. *fin. de Publ.* & *Vect.*

Debitores debitorum suorum exigit. *l.* 3. §. *multa* 8. *hic.* Evictionem simplicem tantum præstat, licet duplam promiserit. *l.* 5. *eod.* adde §. *ult. I. de Usucap.*

Denique, in fisci venditionibus Ædilitium edictum locum non habet *l.* 1. §. *illud.* 3. *de Ædilit. edict.*

Omnis venditio, ab eo quasi in diem facta, recipit adjectiones. *l.* 1. *C. de vend. reb. civ.* & *l.* 4. *C. de fid.* & *jur. hast. fisc.*

Aliis creditoribus soluta aufert, ut sibi satisfiat. *l.* 18. §. *fin.* cum *ll. sequ. h. t.*

Usuras in bonæ fidei contractibus ex mora non præstat. *l.* 17. §. *fiscus.* 5. *de Usur.*

Res dominicæ, ut & Augustæ, iisdem privilegiis donantur, quibus res Fisci, *l* 6. §. 1. *h.* de quo tamen vide *l.* 56. *de Leg.* 2. cum *l. seq.*

TIT. XV.

De Captivis, & de Postliminio, & redemptis ab hostibus.

I. Captivi quotuplices. II. Postliminii definitio & origo. III. Definitionis expositio. IV. Explicatio l. 12. in pr. h. t. *V. Continuatur explicatio definitionis. VI. Quotuplex postliminium, de effectu ejus in genere. VII. Quænam res postliminio restituantur. VIII. Non matrimonium. quod secus hodie. IX. Nec jura imperii vel magistratus aliive honores. X. Secus in libertate & jure imperii totius populi alicujus. XI. Societatis & fœderis jura postliminio non restitui. XII. Conclusio ad hypothesin. XIII. De redemptis ab hoste.*

(a) TRia membra sunt hujus Rubricæ. Primum est de Captivis. Hi vel in bello solenni, vel civili, vel a piratis sunt capti. Bellum solenne vocamus, quod geritur ab his, qui habent summam potestatem, more gentibus recepto. Tales vel pugnantes capti, vel armis

(c) *Pos.* 3. 4. 5. 6. 12. 13. 14. 15. & 16. (a) *Pos.* 1.

* Abiit tamen a Juris civilis placito Legislator Saxonicus in *O. P.* 4. *tit.* 41. §. 2. j. tamen *ad l.* 1. *O. E. S. Nov. p.* 230.

armis superati hostibus se dederunt. Ex his generibus qui a latronibus & piratis capti sunt, non egent postliminio, *l.* 19. §.2. *h.* nec etiam capti bello civili. *l.* 21. §. 1. Et qui hostibus superati se dederunt, beneficio postliminii habentur indigni, *l.* 17. *h. t.* quod ut intelligendum, mox videbimus. Supersunt capti bello solenni in calore pugnandi, quibus est Postliminium.

2. Est autem hoc nihil aliud, quam Jus ex reditu in limen, id est, in fines publicos; aut plenius, est Jus, quo qui captus ab hostibus & eodem bello ad suos reversus est, omne suum jus tam ad personam ejus, quam ad patrimonium pertinens, ita recuperat, ac si captus non fuisset. *l.* 5. §. 1. *h. & l.*19.*C. de postlim. reverf.* Scilicet, postquam jus belli invasit in societatem humanam, ratio miserationis eorum, qui armis victi hostibus serviebant, caussam dedit gentibus de aliquo remedio cogitandi, quo jus eorum, si quando e manibus hostium evasissent, integrum maneret. Cum enim ex simplici ratione juris, qui in hostium potestate sunt pro nullis habeantur, nihil aliud ex juris, inquam, rigore consequi poterat, quam ut bona eorum fierent occupantium. Quod cum merito acerbum videretur, Postliminium ita stabilitum est, ut quamdiu spes aliqua reditus in Patriam superesset, omnia captivi bona juraque integra manerent, quæ reversus quidem illibata reciperet, mortuus ad successores suos transmitteret; Cui rei adjuvandæ Lex Cornelia in urbe Roma fuit, de qua in *l.* 10. *l.* 12. §. 1. *& l.* 18. *D. h. t.*

3. Persequamur dictum definitionis. Postliminii jus competere dicitur *Captis*, non igitur transfugis; Nam qui malo consilio & proditoris animo Patriam reliquit, merito hostium numero habendus est, ait Paulus in *l.* 19. §. 4. *h. t.* quanquam servus transfuga postliminio ad dominum revertebatur, siquidem huic nihil imputari poterat. §. 5. *d. l.*19. Idem Paulus in *l.* 17. tradit, & eos carere postliminio, *qui armis victi hostibus se dederunt*; quod ratio vult non de iis intelligendum, qui in conflictu oppressi incontinenti se fidei hostium committunt, de quibus Modestinum accipimus in *l.* 4. *d. t.* ubi eos, qui hostibus deduntur, jure postliminii reverti scribit: Verum de talibus, qui vel dimicationem expectare non sustinuerunt, vel ubi post prælium se receperant, desperatione evadendi, salutem ab hoste pacti sunt. Neque distinguit Paulus, utrum satis virium fuerit illis ad resistendum, an secus; idque duplici ratione firmatur. Prima est, quod Gentes pacta cum hostibus inita velint esse rata; proinde qui se sponte servum fecit hostis, optimo jure manet ejusdem servus, neque domino suo, cui submittere se voluit, subducere sese potest. Altera ratio est, ut discrimen inter eos sit, qui re bene gesta, vi majore subacti sunt, eosque inter, qui insignius mollitie quam fortitudinis specimen ediderunt. Prima ratio una cum servitute hodie cessat, altera etiamnum obtinere videtur: Non minus enim aliis gentibus quam Romanis convenit id quod Tryphoninus ex Servio citat, fere in hunc modum; quod majorem civibus in fortitudine bellica, quam in pactione spem esse sitam oporteat, in *l.* 12. *eod. tit.*

4. Cæterum, qui bello repente exorto apud hostes deprehenduntur, his nihil obstat, (etsi absque pugna in hostium potestatem venerunt) quominus postliminio gaudeant, idque Tryphoninus his verbis tradit in *d. l.*12. *in pr. Verum in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarserit, eorum servi efficiuntur, apud quos jam hostes suo facto deprehenduntur.* Pro *facto*, quod est in Florentino, alii volunt legi *pacto*, alii *fato*, quod & Wissenbachius noster ut indubitatum amplectitur, *ad tit. ff. de Postlim. th.* 18. *&* 20. etiam Grotius *lib.*3. *cap.* 6. *n.* 12. qui id habet ex Cujacio, *dissimulato ejus nomine*, ait Wissenbachius, (quasi idem ipsi nunquam excideret, & quotusquisque non aliquando ita!) Refert dein præceptor noster conjecturam Salmasii & Heraldi, quorum ille sic emendat, *apud quos jam hostes suis factos.* Hic ita, *hostes suos factos.* His illud *fato* nimis in eo loco Poeticum visum esse, opinor. Si per tantos viros liceret, quod scio quam ægre obtenturus sim, Florentinæ cupiam acquiescere lectioni; *apud quos jam hostes suo facto deprehenduntur*; Opponuntur enim his, qui *facto* manuque *hostili* in servitutem rediguntur, alii, qui sponte venerunt ad hostes, ac ita *facto suo* causam servituti dederunt. (t)

5. Sequitur in definitione, *ab hostibus.* Justum enim ac solenne bellum sit oportet, ut locus fiat postliminio, sicut diximus: Proinde, qui a piratis & latronibus capti sunt, non egent postliminio; siquidem homines, aut res ita

(t) *Confer Corn. van Dynkershoek* observat. lib. 1. cap. 20. & lib. 4. cap. 14.

ita captæ, jure gentium dominos non mutarunt, *l.* 24 *h. t.* eademque ratio est in civilibus bellis, *l.* 21. §. 1. *eod. tit.* quod tamen de rebus ab Algerienfibus, Tunetanis, Zalæenfibus, Tripolitanis, aliisque barbaris piratica captis, non esse statuendum, a Senatu Parisiensi judicatum esse refert Grotius *lib.* 3. *de J. B. & P. c.* 9. *sub fin.* ac ita sine dubio servatur, ut res ab illis captæ atque dein ab aliis populis fœderatis amicisve receptæ, pristinis dominis non restituantur; Qui tametsi latrones sint, nihilominus Civitates sunt; quarum jus prædatorio instituto non amittitur, quando olim apud Græcos, teste Thucydide *l.* 1. & Germanos, Tacito *lib. de mor. Germ.* latrocinium quasi jure, saltem externo, exercitum fuisse constat. Succedunt verba definitionis, *& eodem bello ad suos reversus est*. Modus, quo reditum sibi paraverit, dolo an vi, clam palam, non attenditur, *dolus an virtus, quis in hoste requirat*, ait apud Maronem Riphæus, *justissimus unus, qui fuit in Teucris*. Idem est, si ultro ab hoste sit dimissus, modo animum habeat partes suorum sequendi. *l.* 26. *d. t.* Proinde qui fide redeundi ad hostem data, domum venerunt, his necdum postliminii facultas datur, quemadmodum de Regulo, qui Carthagine Romam dejurio ad reditum obstrictus concesserat, respondetur in *l.* 5. §. 3. *eod. tit.* Reversus ad suos dicitur, quia intra suorum præsidia perductus est, & civis manet, ut fuerat, antequam in hostium præsidia perduceretur. *l.* 5. §. 1. Sui autem non simpliciter in sua cujusque Patria sunt, verum productus est usus postliminii ad reditum in gentem amicam sociamque belli & earundem partium. *d. l.* 5. §. 1. *& l.* 19. §. 3. *eod. tit.* Denique, *eodem bello* oportet esse reversus, ut postliminium valeat: Nam pace facta, captivi aut res captæ non aliter postliminio gaudent, quam si reditus bello captorum, aut restitutio rerum adeptarum conditionibus sit comprehensa, quomodo accipienda videtur *l.* 12. *in pr. eod. tit.* Ratio non est obscura, siquidem ea, quæ capta sunt, belli jure semel facta capientium, pace composita penes eos consolidantur, & sic plene iisdem adquisita, deinceps eorum dominio subduci nequeunt; quæ ratio alia plenio ri ratione explicatur a Grotio. *d. lib.* 3. *c.* 9. §. 4.

6. (b) Effectus postliminii hic est, quod Reversus *omne suum jus tam ad personam, quam ad patrimonium pertinens recuperet.* Hinc duplex postliminium, personarum, vel rerum datur, sive, ut aut ipsi revertamur, aut aliquid recipiamus. *l.* 14. *pr. h.* Prima species, abolita inter Christianos servitute, vix ullum habet usum hodie: Verum altera quominus etiamnum valere queat, nulla causa esse videtur; quin obtinet indubitato: Sic tamen, ut quod in definitione postremum est, *Perinde ac si captus non fuisset.* quorum vi verborum ea quoque sibi vindicat Redux, quæ si in urbe mansisset, per se aut per alium adquisivisset; id, inquam juris Civilis potius, quam juris Gentium esse videatur. Nam ejusmodi operatio, quæ retro fit, cum naturaliter ea quæ facta sunt, infecta fieri nequeant, absque fictione juris Civilis non potest intelligi. Unde notissima fictio postliminii, qua is, qui ab hoste rediit, quasi semper in urbe mansisse, nec unquam fuisse captus ponitur. §. 5. *Inst. Quib. mod. p. pot. solv. l. pen. de Suis & legit. hæred.*

7. Jam quod ad res, quarum statuitur postliminium, attinet, primum & præcipue in hac causa sunt res immobiles, Quæ expulsis hostibus non publicantur, neque prædæ cedunt, verum ad priores dominos redeunt, ut docet Pomponius in *l. si captivus.* 20. §. 1. *d. tit.* Idem de omni jure, quod solo adhæret, imo & de usufructu, & de jurisdictionibus hæreditariis statuendum esse, recte monet Grotius *d. cap.* 9. §. 13. Denique, cessat postliminium in Rebus mobilibus bello captis, quoniam illæ in præda sunt, manentque eorum, quicunque eas recuperaverint, aut per commercium justoque titulo comparaverint, quomodo accipiendus Labeo in *l.* 28. *d. tit.* At veteres excipiebant res quæ in bello usum habere poterant, *l.* 2. *eod. tit.* a quibus tamen iterum arma excepta volebant, quoniam hæc sine flagitio in bello non amittebantur. *d. l.* 2. §. *ult.* Sed moribus hodiernis satis constat, de rebus mobilibus nullum dari postliminium, nec eas reverti ad Dominos priores, quod & utile observatu, propter infinita litigia, quæ ex ejusmodi vindicationibus orirentur. Neque tantum agri & domus, sed & *cætera quæ in jure sunt, postea quam postliminio redit, pro eo habetur, ac si nunquam iste hostium potitus fuisset*, ait Tryphoninus in *l. In bello.* 12. §. *cætera.* 6. *eod. tit.* Hinc Patria potestas ex iis est, quæ indubitato jure postliminii restituuntur. §. *si ab hostibus.* 5. *Instit. Quib. mod. jus patr. potest. solv.*

8. Pater igitur filium postliminio recipit; *Non*

(b) *Pos.* 2. 3. *&* 4.

Non ita maritus uxorem, ait Pomponius in *l.* 14. §. 1. *h.* Nam patria poteſtas captivitate non finitur, verum ſuſpenſa tantiſper, donec de reditu vel morte patris conſtet, ſuſtinetur: At vero matrimonium captivitate ſolvitur, *l.* 1. *D. de Divortiis.* uſque adeo, ut captivi uxor, tametſi maxime velit, & in domo ejus ſit, non tamen in matrimonio ſit, ut ſcribit Tryphoninus in *l. in bello* 12. §. *ſed captivi.* 4. *tit. prædicto.* Ratio differentiæ inter matrimonium patriamque poteſtatem, colligi poteſt ex eo, quod ſubjicit Pomponius ultimis *d. l.* 14. verbis; *Sed conſenſu*, ait, *redintegratur matrimonium.* Scilicet, matrimonium apud Romanos erat ſocietas quædam in exercitio cohabitandi conſiſtens, quæ voluntate contrahentium, ut contrahi, ſic poterat diſſolvi, etiam bona cum gratia. *l.* 2. *l.* 7. *& l.* 9. *de Divortiis, & l.* 62. *de Donation. int. vir. & uxor.* Quare & *individui* ſocietas nobis dici videntur nuptiæ, non ratione temporis perpetui, ſed reſpectu arctiſſimæ neceſſitudinis, quæ eſt inter virum & uxorem, quamdiu conſiſtit matrimonium; quemadmodum ſocios vocamus *individuos*, non qui perpetuo, ſed qui arctiſſime ſunt conjuncti. Verum patriæ poteſtatis vinculum naturale eſt, quod facto ſuperveniente non æque aboletur. Cum igitur conjugium eſſet ejuſmodi ſtatus, qui in conjunctione corporum & animorum conſiſtebat, JCti nuptias omneſque ſocietates retulerunt inter res facti, quibus poſtliminium applicari non poſſe, docet idem Tryphoninus in *d. l.* 12. §. *facti.* 2. Proinde, ſi quis domum ab hoſte reverſus, memor eſſet antiqui amoris, & uxor eoſdem igniculos ſentiret, novo conſenſu matrimonium redintegrare debebant, ut tradit hic noſter Pomponius, & Paulus *l.* 8. *eod tit. Non ut a patre filius*, ait hic, *ita uxor a marito recuperari poteſt, ſed tunc, cum & voluerit mulier, & adhuc alii nupta non eſt.* Cæterum, poſtquam Juſtinianus vetuit matrimonium captivitate diſſolvi, mulieremque alii nubere, donec de morte viri conſtet, aut tametſi non conſtet, tamen expectare quinquennium, *Nov.* 22. *c.* 7. *& Auth. hodie C. de Repud.* ex eo tempore ne quidem indiget vir poſtliminio, ſiquidem nulla conjugii interruptio facta fuiſſe intelligitur.

9. Interim in iis, quæ formam rationemque ſimilis ſocietatis adhuc obtinent, ratio *dictæ l.* 14. irrefragabili conſequentia valebit. Idemque de honoribus & Magiſtratuum functionibus, quæ minime tantam habent neceſſitatem, quantam matrimonium, ex hypotheſi moris Romani veteris exiſtimandum; quoniam illæ a mandato ſummæ poteſtatis pendent, quod manifeſto deficit, cum loca, quibus præſunt Magiſtratus, in hoſtium poteſtatem rediguntur; neque juriſdictiones aut imperia, niſi novo Principis mandato reviviſcere poſſunt. Cujus rei experientiam in partibus noſtræ Reipubl. recuperatis, ante aliquot annos vidimus. Poſtquam enim tres provinciæ a Gallis eorumque ſociis occupatæ, ab Ordinibus reliquarum provinciarum bello ſine novis conditionibus erant recuperatæ, plerique, qui Magiſtratus & honores in illis geſſerant, a Duce patriæ, mandato Ordinum Generano, quod ſupponimus in forma debita, remoti novatique ſunt. Quod ſummo jure licuiſſe non poteſt negari; an æquum, rationi temporum, ingenio Belgici regiminis & vetuſtati fœderis ſanctiſſimi conveniens fuerit, alia ſit quæſtio: Poſtliminii jus ſane Rectoribus & magiſtratibus illis, ob rationes ſupra expoſitas, prodeſſe non poterat. Idem tum temporis de ordine προεδρίας, ſive *præſidentiæ*, diſceptatum fuit inter Friſiam & Ultrajectinam Reſpublicas, in conſeſſu Ordinum fœderatorum. Friſii antiquis temporibus præceſſerant Ultrajectinos. Sed cum unio Belgicæ fœderatæ Ultrajecti conderetur, Friſii ſerius ſe adjunxerunt, Ideoque Trajectini, legatis noſtris nimis etiam verecundis, deinceps prævaluerunt. Abſciſſis deinde Trajectinis a conſeſſu fœderatorum Gallico bello, & poſtea reductis, Friſii locum priorem retinere volebant, Trajectini locum prius ab ſe inſeſſum repetebant, quaſi jure poſtliminii; quod heic nullo modo ulu veniebat; cum, quod ſe dediderant, quo caſu non eſſe poſtliminium, intelleximus, tum quod ejuſmodi jus *prohedrias*, ſeu *præſidentiæ*, ſua natura longe minus poſtliminium recipiat, quam honores & magiſtratus, in quibus illorum Proceres, poſtliminio gaudere non potuerant.

10. Equidem inter populos integros non minus utendum eſſe jure poſtliminii, quam inter privatos, haud gravate conceſſerim Grotio affirmanti. *d. lib.* 3. *cap.* 9. §. 8. *&* 12. Proinde ſi ex pluribus fœderatis gens aliqua vi hoſtili ſubacta, & dein a ſociis recuperata ſit, ratio æquitatis & juris Gentium vult, uti libertas & dominia rerum ſuarum illis reſtituantur, quod firmatur e legibus Romanis ſupra allegatis, quibus jus poſtliminii datur & his, qui ad gentes ſocias & amicas pervenerunt. Proinde ſi

de si libertas & jus imperii talium populorum imminutum sit, de illo forte secus judicandum, quam de certarum functionibus personarum & de jure, an facto προεδρίας, sana ratione sustineri posset, nempe ubi per vim capti sunt populi. Verum quod tales civitates, quæ pactionibus se dediderunt, ut nuper in nostra patria, in pristinam societatem, restituta illis antiqua libertate, receptæ sunt, hoc palam est, non postliminio, sed eo contigisse; quod reliqui socii multum præstare putarent, amicos habere volentes, quam imperare invitis & dolentibus; quodque intelligerent, liberalitate potius quam rigore adversus eos utendum, quibus parata semper excusatio videretur, quod non tam timidiores cæteris, quam infeliciores fuissent, nihilque temere illis imputandum esset, quam quod illa communis omnium consternatio, quo propiores erant periculo, tanto apud ipsos celerior & vehementior fuerit. Denique, eam fuisse omnium, qui res fœderatorum communes antea procuraverant, culpam, quod adeo flagitiose imparatis contra vim promptissimi validissimique Regis necesse fuerit accipere plagam.

11. Nempe alioquin, etsi verum jus postliminii, libertatem & jus imperii domesticum, populis bello captis restituat, tamen ipsa fœderis societas jure postliminii nullo modo restituitur, ut valide evincitur ex *d. l. cum duæ.* 14. §. 1. *h. t.* Ex qua discimus, matrimonium jure postliminii non recuperari, *sed novo consensu esse redintegrandum.* Atqui nulla dari potest, quam hæc, arctior societas, quæ individuum omnis vitæ consortium, divini & humani juris communicationem exhibet. *l. 1. de ritu nupt.* Multo minus societates aliæ, quarum jus est multo fragilius, clade belli & captivitate unius ex sociis dissolutæ, postliminio recuperantur, verum novo sociorum consensu redintegrari possunt, aut si negligantur, manent veluti sunt, dissolutæ. Jam quo jure privati inter sese utuntur, idem fere civitates gentesque liberæ, aut earum Principes usurpant, nec quidquam profertur, quare diversum in societate fœderibusque populorum sit statuendum. Maxime, si qui per pactionem, imperio hostis accepto, a fœdere discesserint. Prorsus enim τῶν ἀδυνάτων esse videtur, ut societas aliter eo casu quam novo consensu redintegretur. Quod si de toto jure fœderis verum, de particula ejus accessoria, qualis illa προεδρία, longe verissimum sit oportet, nullum in ea postliminii usum existere posse.

12. Ultrajectenses tamen honorem προεδρίας, recuperarunt, non jure postliminii, quod nec toti Reipubl. neque Rectoribus & magistratibus eorum attributum est, sed *laudo compromissario* per speciem æquitatis, quæ hac parte duntaxat pro illis valuit. Quanquam vete æstimantibus hæc ratio Frisiis favere videbatur. Nam ordo & dignatio loci inter populos, ex tribus potissimum rebus distinguitur; Ex potentia, ex titulo dignitatis, & ex usu longo. Rem Frisiorum & olim & hodie, multo esse atque fuisse validiorem re Ultrajectina, publice constat. Titulos dignitatis quondam Frisiis multa fuisse ampliores, ad regium usque fastigium, incorrupta historiæ monumenta testantur. Hodie par quidem utriusque ratio videtur, sed in eo Frisia præstat, quod multo ipsi antiquior est αὐτονομίας character: Ultrajectinos enim satis constat, anno demum XXVIII. superioris seculi Episcopali ditioni fuisse subductos, & Carolo Cæsari V. Dominii titulo esse mancipatos. Frisiorum acerrimi libertate nihil ab omni ævo notius & memorabilius fuit. Usus longi temporis sub Carolo & Philippo illis, secundum potentiæ & vetustatis discrimen, dedit prærogativam. Contrarius usus quo pacto inoleverit, diximus modo. Cui hoc addimus, e textu fœderis magni liquere, primitus integram Frisiæ provinciam non fuisse adscriptam societati, quam multi veluti in fraudem fœderis Gandensis repertam abhorrebant, ut Winsemius noster memorat. Unde languor in vindicanda προεδρία, de qua hæc pauca nobis exciderunt, Academicæ more disceptationis. Plura de jure postliminii *dix. in part. 2. Digress. lib. 1. c. 19. n. 5.*

13. (c) Tertia pars Rubricæ, promittit agere de redemptis ab hoste, de quibus sunt hæ positiones; Pretio ab hostibus redempti, si quidem antea fuerint liberi, & jus postliminii habent. *l. 17. C. h.*

Pignori tamen redemptori pro λύτρῳ, donec solvant, obligantur. *l. 2. C. h.*

Si solvere nequeant, per quinquennium ei operas præstare coguntur. *l. fin. C. eod.*

Pretium tacite remissum videtur, contracto inter redemptorem & redemptam matrimonio, *l. 15. in pr. ff. l. 2. C. hic.* ut &, si redemptus sibi ipsi legetur. *l. 43. §. ult. de legat.* 1. Hoc jus pignorum & operarum hodie cessat.

Tit.

(c) *Pos.* 5. 6. 7. & 8.

TIT. XVI.

De re Militari.

(a) Quam late pateat hujus Rubricæ expletio, ingentia de Militia & de re militari scripta declarant: quæ heic loci contracta ob oculos ponere, non est instituti nostri. (a) Maxima pars ad juris publici disciplinam pertinet, etiam publica militandi necessitas, quæ utcunque longe major olim fuerit, non tamen penitus sub Imperatoribus exolevit, etsi ab his numeri voluntario milite soliti sint impleri, *l.* 4. §. 10. 11. & 12. ubi pœna in eos, qui liberos subtrahunt aut debilitant, militiæ evitandæ causa. Ad jus privatum spectant eorum privilegia & delicta. De privilegiis sparsim habuimus. Unum habent insigne circa rem testamentariam, de quo est *Tit. De Milit. testam.* Aliud, quod non tenentur ultra quam facere possunt. *l.* 6. & 18. *de Re Jud.* Quod non torquentur. *l.* 3. §. 1. *in fin. h.* Quod juris ignorantia in illis excusatur. *l.* 9. §. 1. *De Jur. & fact. ign.* Quod non nisi apud suos Magistros conveniri possunt, exceptis communibus delictis, qua de re *ad tit. de Judiciis & For. comp.* pridem absolutum est.

(b) Scilicet delicta militum sunt vel communia, vel propria. Communia, ut cædes, adulteria, furta, blasphemiæ, & cætera. Propria, velut desertio, emansio, stationis derelictio, excubationis intermissio, transfugium, armorum amissio, aut alienatio, subreptio, excessus ab agmine, seditio, inobedientia, valli transcensio, fossæ transilitio, de quibus in *l.* 3. *h.* segnities, contumacia, fugæ initium, proditio, vulneratio commilitonum, vel sui ipsius. *l.* 6. De his aliisque sic est jurisdictio, ut pœnæ pro gravitate circumstantiarum varient, neque desertio semper capite puniatur, *l.* 5. *pr. h.* nec armorum amissio vel alienatio. *l.* 3. §. 13. Verum seditio atrox, desertio stationis palatinæ, transcensio valli castrensis, capite simpliciter puniuntur. *d. l.* 3. §. 17. & 19. & *l.* 10. *pr. h.* t. Cætera fere levius, qua in re Articuli militares nostri temporis, longe severiores sunt. In summa vero, Castrensis disciplina forensi durior est, ob majorem in effero genere vitæ peccandi frequentiam, & in Reip. exitium alioquin erupturam.

Ad hunc Titulum pertinet Locus de *Prætorio*; de quo diximus *ad tit. de Off. Præf. Prat.* Sudat fere a biennio sub prælo opus Animadversionum in nostram hac de re sententiam; de quibus non dubitavimus, fore ut antequam ad *hunc tit.* scriberemus, in publico versaretur; & si quid novi prolatum fuisset, hunc locum illis occupandis destinaveramus. Sed ut nunc res est, cum desiderio transigendum nostro tantisper esse videtur.

TIT. XVII.

De Castrensi Peculio.

(a) Quid sibi velit hæc rubr. satis est notum ex *tit. I. Per quas person. cuiq. adquir.* Unum hic speciale traditur in *l.* 2. quod olim successio ab intestato in castrensi peculio nulla fuerit. Hodie secus obtinere, notum est ex *N.* 118.

TIT. XVIII.

De Veteranis.

(a) Veterani sunt, qui legitima viginti annorum stipendia confecerunt, *l. ult. C. de his, qui non impl. stipend. sacr. solv.* aut qui honestam, vel causariam dimissionem impetraverunt. *l.* 2. *hic.* Privilegia veteranorum sunt, quod nec fustibus cædi, nec bestiis objici, nec in metallum, aut opus metalli, aliudve opus publicum dari possunt. *l.* 1. & *l.* 3. *h.* Immunes quoque sunt a navium fabrica, *l.* 5. *pr.* sed a patrimonialibus non excusantur. *l.* 2. §. 1. Hæc autem de veteranis absolute ita dictis, hoc est penitus e militia dimissis, & in pagis, aut municipiis habitantibus, *l.* 2. & *ult.* §. *f. h.* non de veteranis qui adhuc sub vexillis agebant, a legionariis quidem separati ac onerum immunes, sed tamen adhuc milites, ideoque sacramento nondum soluti. *d. l.* 3. *in pr.* De hac veteranorum differentia, diximus ad *tit. Inst. de Testam. milit. n.* 5. Moribus hodiernis, collapsa vetere militari disciplina, veteranorum privilegia commodaque ignorantur.

LIB.

(a) *Pos.* 3. (b) *Pos.* 4. & 5. (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. & 2.

LIB. L. TIT. I.

Ad Municipalem, & de Incolis.

(a) Municipes, (*a muneribus capiendis*) sunt cives urbium, Romano imperio subditarum, sed suis legibus & magistratibus utentium, quæ municipia dicuntur. *l.* 1. §. 1. Fit autem municeps tribus ex causis, origine, manumissione, adoptione. *l.* 1. *pr.* Originem facit nativitas parentum, aut saltem ubi municipes fuere parentes, vel uterque, vel saltem pater, nisi materna origo aliquid habeat privilegii. *l.* 1. §. 2. *& l.* 6. §. *ult.* Incola est, qui aliunde ortus domicilium in illa civitate collocavit, *l.* 239. §. 2. *de V. S.* etiam qui in agro sedem posuit, *d.*§. 2. secus si prædium ibi dumtaxat habeat. *l.* 35. *h.*

2. (b) Cogitur autem incola ferre munera, & pati forum, tam in loco originis quam incolatus, *l.* 29. *h.* sed incolatui potest renunciari, nisi jam ad munus sit vocatus. *l.* 34. *ff. h. & l.* 1. *C. de Incol.* Denique forum patiuntur & peregrini, etiam non incolæ. *l.* 7. §. 10. *in f. de interd. & releg.* Studiosus quoque si decennium uno loco habitet, incola fit, per *l.* 2. *C. de Incol.* quod intelligendum, si Academia non habeat proprium forum. Mulier sequitur domicilium & forum Viri, *l. ult.* §. 3. *h.* de quibus rebus copiose actum est ad *tit. de Jud. n.* 45. 46. 47.

3. (c) Moribus hodiernis, hæc res aliter se habet, & hoc Jure utimur, ut civis dicatur, omnis homo liber, qui juris fruendi vitæque feliciter agendæ gratia, cum aliis sub eadem summa potestate sociatus est. Ergo & incola, qui aliunde ortus sedem fortunarum in aliqua civitate collocavit, & civis & municeps est, nec loco originis amplius est subjectus, si inde plane recessit. Hoc saltem interesse videtur, municipem respectu certæ urbis, civem ratione totius Reipubl. dici, quanquam more loquendi sic obtinet, ut agricolæ cives non appellentur, quales tamen sunt æque ac urbani, ratione totius Reipubl. Dixi plenius hac de re *lib.* 2. *de jur. Civit. cap.* 4.

TIT. II.

De Decurionibus & filiis eorum.

TIT. III.

De Albo scribendo.

(a) Decuriones in municipiis sunt idem quod Romæ Senatores, in quorum ordinem honestiores eligendi, quare & spurii postponuntur competitoribus legitime natis, *l.* 3. §. 2. *& l.* 6. *pr.* ex decurionibus fiunt duumviri, *l.* 7. §. 2. *h.* qui sunt Magistratus municipales. *l.* 25. *& sequ. ad munic.* Privilegia Decurionum sunt, quod non torquentur, *l.* 14. & ad inopiam redacti aluntur. *l.* 8. Sed onera Curialium, sive decurionum, multo plura & majora fuere, de quibus consule sis Brisson. 4. *Select. ant. c.* 13. ut ob peconiam municipum, qui Curiales fieri vellent, præmiis allicienci & pœnalibus Decretis cogendi fuerint, qui se Curiis adjungerent, ut diximus ad §. *ult. Inst. de Nupt.* Brisson. *ibid.* Plebeji, hoc est admodum

(a) *Pos.* 1. 2. *&* 3. (b) *Pos.* 4. 5. *&* 6. (c) *Pos.* 8. 9. *&* 10. (a) *Pos.* 1. 2. *&* 3. *tit.* 2.

dum viles, non fiunt Decuriones; quales tamen non sunt, qui utensilia negotiantur. *l.* 12. In nostris civitatibus Decuriones sunt idem quod Senatus urbium, Duum-Viri, quod *civium magistri*; Sed honor est major, onera nulla ex instituto Reipubl. (b) *Porro*, in albo, id est catalogo Decurionum, primo recensentur, qui maximis honoribus, præsertim judicio Principis sunt functi, *l.* 2. reliqui secundum ordinem ætatis, juxta quem sententiæ etiam rogantur. *l.* 1.

TIT. IV.

De Muneribus & Honoribus.

(a) MUnus est administratio Reip. sine dignitate. Honor cum dignitate. *l.* 14. *pr.* & §. 1. Est autem munus vel patrimoniale, quod rebus imponitur & sumptus requirit, vel personale, quod animi provisione & corporalis laboris intentione perpetratur, vel mixtum, quod de utroque participat, *l.* 18. *pr.* & §. 17. & *seq.* ubi & exempla. Quæ hodie longe aliter in nostris civitatibus se habent. Difficulter etiam, ut sæpe vidimus, obtinetur, quod in *l.* 8. scriptum est, in quibus casibus certa ætas honoribus est præscripta, illis annum inchoatum pro impleto haberi, quod est juris positivi Romani: In his autem, quæ ad ordinem Reipubl. pertinent, discrepare mores illorum etiam populorum, quibus alioqui solenne est jus civile sequi, satis constat.

TIT. V.

De Vacatione & Excusatione munerum.

TIT. VI.

De Jure Immunitatis.

VAcatio est, Status ejus, qui nullo munere fungitur, aut fungi cogitur. Brisson. *de V. S. verb. Vacatio*. Posteriore sensu notat exemptionem; Eaque duplex est, Excusatio, & Immunitas. Excusatio datur ob causas lege proditas, ex beneficio personali. (a) A personalibus muneribus excusat ætas, numerus liberorum, adversa valetudo, *L.* 2. §. 1. & 7. sed a patrimonialibus non datur excusatio, *l.* 10. & *l.* 11. nisi forte 16. libb. *l.* 5. §. 2. *de jur. immun.* quæ tamen expresse de patrimonialibus non loquitur: & intelligi potest, quod numerus 5. libb. a præcipuis quidem, non vero ab omnibus muneribus excuset, se quod 16. liberi ab omnibus absolute excusent.

(b) Excusatio ab initio proponenda est, simul ac munus injungitur, *l. pen.* §. *ult. hic* & quidem per appellationem; nominatione atque electione facta & insinuata. *l.* 1. *hic. l.* 2. *C. de Decur. lib.* 10. *l.* 4. *C. de appell.*

(c) Causæ excusationum recensentur, *primo* quæ liberant a muneribus personalibus & ab honoribus; ut si quis minor sit 25. annis, *l.* 2. *pr. hic.* si appellationis causa peregrinetur, *l.* 8. §. *fin. eod.* si sit negotiator frumentarius, *l.* 9. §. 1. *eod.* si defensionem Reipublicæ susceperit, *l.* 10. §. *fin. eod.* si sit veteranus. *l.* 7. *eod. l.* 2. *de Veteran.*

(d) Dein sunt quæ a muneribus personalibus, non ab honoribus excusant; ut si quis major sit 70. annorum, *l.* 2. §. 1. *hic*, si quinque liberos habeat. *l.* 8. *eod.*

(e) Immunes sunt, qui a Principe muneribus sunt exempti, quod est personale beneficium, nisi expressa hæredum mentio sit facta, *l.* 1. §. *de jur. imm.* quo casu descendentes sexus muliebris non intelliguntur. *l.* 1. §. *ult. eod.*

(f) Collegiis tributæ immunitates perpetuæ sunt. *l. pen.* §. *pen. hic. l.* 7. §. *fin. Quod cujusque univ.*

(g) Verum hæ non ad singulos pertinent, sed tantum ad artifices, qui operam publicis utilitatibus necessariam exhibent. *l. pen.* §. *pen. hic.*

TIT.

(b) *Pos. un. tit.* 3. (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5. (f) *Pos.* 6. (g) *Pos.* 7.

TIT. VII.

De Legationibus.

(a) Legati sunt, qui cum mandatis lecti ad Principem, vel populum, negotii publici causa mittuntur. Varr. *lib.* 4. *de LL.* Proprie qui habent summam potestatem, soli legator mittere possunt, sed heic municipales nuncii hoc minime gaudent, habentque & dum absunt, & biennio post, excusationem. *l.* 7. *& l.* 8. De sanctitate legatorum vid. *l. ult.* Idque de legatis ab eo, qui summam habet potestatem, missis, intelligendum, ut indicat textus.

(b) Legati esse non possunt debitores Reipublicæ, infames, qui jus postulandi non habent. *l.* 4. *hic.* nec plures quam tres; nisi aliud legationis dignitas exigat. *d. l.* 4. *in fin.*

(c) Quamdiu Romæ legatione funguntur, nulla propria actione conveniri possunt, *l.* 3. *l.* 8. *& l.* 11. *hic.* nisi ex delicto inibi admisso. *l.* 10. *eod. l.* 24. §. 1. *de Judic.*

(d) Si Romæ conveniantur, vel in comitatu Principis, etiamsi ibi contraxerint ante legationem, vel extra provinciam suam, jus habent revocandi domum. *l.* 2. §. 3. *& l.* 8. *de judic.* Huc non pertinet libera Legatio, quæ debetur Senatoribus, aut magistratibus, ut ipsis suo commodo, nulla Reip. causa abesse liceat, de qua passim apud Veteres. *l.* 14. *h. t.* Quæ plura de Legatis, amplissima dicendi materia, Lector expectare posset, ex Grotio *lib.* 2. *de J. B. & P. cap.* 18. aliisque juris publici Scriptoribus petenda sunt, meliorque dabitur alias, si Deus volet, occasio.

TIT. VIII.

De Administratione rerum ad Civitates pertinentium.

(a) Ut in aliis rebus universitates eodem jure quo privati utuntur, ita & administratores tenentur, quemadmodum administratores privati. Hinc debitoribus per gratiam non possunt tribuere dilationem, *l.* 3. §. 4. *ff. Quod vi aut clam.* ex necessitate possunt, *l.* 2. §. 3. *h.* præstant latam & levem culpam, *l.* 6. *h. t.* ob dolum tenentur in duplum. *l. ult.* §. 4. *h.* Singuli etiam in solidum tenentur, *l.* 3. *pr. & l. ult.* §. 8. *h.* sed non ultra tempus administrationis suæ, *l.* 3. §. 1. *h.* qua in parte sitne discrimen inter Administratorem rerum privatarum, & publicarum, disputavimus *ad tit. De Exercit. act. n.* 3. *& sequ.* Plane de facto suo tenetur, etiam postea, non ipse tantum, sed & hæres ejus. Quod si rationes subscriptæ & expunctæ sint, ipse administratione functus, post 20. annos, hæres ejus post decennium non tenetur. *l.* 13. §. 1. *de diversf. temp. præscr.* Si vero gratiose expunctæ dicantur, non retractabuntur. *l.* 8. §. 1. Quod si error in calculo sit commissus, hujus demonstratio & emendatio, nec non præstatio, nullius temporis præscriptione tollitur. *d. l.* 8. *in pr.* Sic illa recte conciliantur, ut quidem videtur.

TIT. IX.

De Decretis ab ordine faciendis.

(a) Decreta ordinis Decurionum ut valeant, oportet ex tribus eorum partibus adesse duas, *l.* 4. *h.* item ne ambitiosa sint, hoc est, gratiæ causa captandæ. *l.* 4. *h.* Ita facta non rescinduntur, nisi publica utilitate flagitante, vel per appellationem ad Præsidem, *l.* 1. §. 3. *ff. Quand. app.* si nempe res sit appellationis capax, ut est ibi nominatio ad honores munusve publicum. Notandus autem usus ambitiosi decreti: Species ejus dicitur, *si debitorem dimiserint*, sive aliquid largiti sint, *l.* 4. *in pr.* nempe ut homines sibi conciliarent, quorum favore deinceps in aliis uterentur: Ita *ambitiose* aliquid agere, apud Ciceronem, quandoque submisse & humiliter agere, quando Candidati ambiendo, gratiam multitudinis captare cogebantur. Sic ambitiose judicare, id est ex favore personæ. *l.* 65. §. 2. *ad Sc. Trebell.*

TIT.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.*

TIT. X.

De Operibus publicis.

(a) RESpubl. operibus suis præficit curatores, vulgo hodie *Commissarios*, qui locant ea redemptoribus, quibus cum ipsis est negotium, *l.* 2. §. 1. *h.* qui etiam per substitutos opus facere possunt, quatenus nihil interest Reip. *l.* 48. *Locat.* junct. *l.* 31. *de Solut.*

(b) Tenentur de levi culpa, *l.* 9. § 5. *Loc.* sed & de periculo, si obtulerint se. *l.* 25. §. 7. *eod.* & *l.* 1. §. 35. *Depos.* Ex pluribus tamen singuli tantum pro partibus. *l.* 11. §. 1. *de duob. reis.*

(c) Quæstioni de vitio operis, & culpa redemptoris, 15. annis præscribitur. *l.* 8. *C. h. t.*

(d) Si merces non solvatur, quæritur an exhibitionem operis facti negare possit conductor, & jure retentionis uti. De privatis certum est, posse. Verum ratio differentiæ est, quia privati foro cedere possunt, respublica non potest. *l.* 2 *pr. ad l. Rhod.* & *l.* 18. §. *ult. Comm.*

TIT. XI.

De Nundinis.

(a) JUs nundinarum, hoc est, habendi mercatum cum universali confluxu, a solo Principe conceditur, non utendo per decennium quoque amittitur. * *l.* 1. *h.*

(b) Privilegium nundinarum est, ** quod repressaliis & detentionibus ob debita privata locus in illis non sit, nisi partes hoc expresserint. *l un. C. h. t.* Præscriptione Decennali jus Nundinarum a Principe concessum amitti, docet *d. l.* 1. *h. t.* A Magistratibus igitur concedi non potest cum ejusmodi exemptione. Quæ res an apud nos usque quaque servetur, dubito. Sæpe, ni fallor, jus Nundinarum a Magistratibus petitur, & permittitur. De Jure tamen, non possunt tales Nundinæ habere solita, quæ diximus, privilegia. Proinde hi quorum interest, se Nundinis a Magistratibus, sine privilegio Ordinum concessis, opponere possunt, ec ita consultus respondi 12. *Mart.* 1690. Tulden. *ad tit C. de Nund.* Credo sic etiam in contradictorio servatum iri, quanquam talia juris publici instituta, paulo incuriosius apud nos haberi videntur.

TIT. XII.

De Pollicitationibus.

(a) POllicitatio est promissio facta reipublicæ sine acceptatione, *l.* 3. *pr. h.* adeoque differt a pacto, primo, quod hoc inter privatos fit; secundo, quod hoc nisi acceptatum non valet, *l.* 1. §. 2. *de Pact.* tertio, quod pactum inter absentes & per epistolam recte fiat, secus ac pollicitatio. l. 5. *h.* Denique pactum statim parit exceptionem; pollicitatio non

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4 (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1.

* Jure Saxonico demum lapsu 31. Annor. 6. Sept. & 3. Dier. secundum Carpz. *P.* 2. *C.* 1. *def.* 23. *n.* 1. Richt. *dec.* 86. *n.* 2. Dissent. tamen Schilt. *ad ff. Ex.* 50. *th.* 96.

** In eo potissimum consistit nundinarum privilegium, quod iis durantibus, ob debitum privatum, nemo conveniri potest. P. 2. *C. El.* 30. §. *f.* quod ex observantia Juris Sax. quoque obtinet, etiamsi debitum in ipsis nundinis contractum, Carpz. *ad d. C. def.* 26. Moller. 16. *n.* 2. aut debitor sit de fuga suspectus, Carpz. *l. c. def.* 21. in quam sententiam resp. *Fac. Jur. Lips. Mens. Febr. An.* 1701.

non obligat valide, etsi certæ causæ respectu fiat, veluti ob honorem, *l.* 1. §. 1. quanquam si jam opus inchoaverit, tenetur ad perficiendum. *l.* 1. §. 2. & 3. *h.*

(b) Votum est promissio facta Deo, de re licita, & intentione animi pia, quo filiif. non

obligantur. *l.* 2. §. 1. *h. Num.* 30. ỹ. 3. 4. & 5. (1)

(c) Effectus est, ut is, qui vovit, extra ordinem compellatur implere votum; sed res, quam promisit, non voto, sed traditione de- num sacra constituitur. *d. l.* 2. *pr*

TIT. XIII.

De Extraordinariis Cognitionibus, & si judex litem suam fecisse diceretur.

I. Quid extraordinariæ cognitiones. II. De quibus rebus fiant. III. De Juris Professoribus. IV. De Advocatorum salariis.

(a) EXtraordinariæ cognitiones duplici noscuntur modo & sensu. Primo ratione judicis, quod ordinario jure per judicem pedaneum fiebant: quorum datione sublata per *l.* 2. *C. de judic. pedan.* exinde cuncta judicia facti sunt extraordinaria, §. *ult. Inst. de Interdict.* vel potius, abolitis extraordinariis, omnia facta sunt ordinaria, quatenus ipsi Magistratus cognoscere debent: Quæ res olim per excellentiam *cognitiones* dicebantur, ut apud Suetonium; Reus qui majorem judicem metuebat, *rem ordinarii juris, non cognitionis* esse clamabat. *Claud. c.* 15. Hoc sensu *cognitio extraordinaria* est in hac Rubrica, eoque sensu nunc est *ordinaria* cognitio: Tametsi res ipsa eodem jure censeatur; Plane est adhuc superstes altero sensu extraordinaria cognitio, in negotiis, de quibus summatim judicatur, ut alias demonstratum *ad tit. de Judic. num.* 33. *tom. prec. pag.* 209.

2. Species causarum, de quibus extra ordinem cognoscitur, in quatuor genera deciduntur a Callistrato in *l.* 5. *pr. h. t.* de honoribus & muneribus, de re pecuniaria, de existimatione, vel de capitali crimine, *l.* 5. *in pr. h. t.* sed de omnibus alibi actum, exceptis mercedibus & salariis, de quibus heic inprimis agitur. Intelliguntur autem mercedes quæ debentur Præceptoribus liberalium studiorum, *l.* 1. *pr.* non artium mechanicarum. *d. l.* 1 §. 7. Liberales habentur, Rhetores, Grammatici, Geometræ, tam Ludimagistri quam Professores. *d. l.* 1. *pr.* & §. 6. Philosophis jus non dicitur, quia mercenariam spernere se profitentur operam & pecuniam, *d. l.* 1. §. 4. cujus retinendæ cupiditatem præ se ferentes, fictam adseverationem detegunt. *l.* 8. §. 4. *de Vacat.* Medici in alia conditione sunt; hi extra ordinem audiuntur, & continentur sub illis non modo Chirurgi & Pharmacopœi, sed etiam auricularii, fistularii, & dentium medici, denique obstetrices, non tamen incantatores, nec enim sunt medici: *tametsi sint*, ait Ulpianus, *qui his sibi profuisse, cum prædicatione adfirment* *d. l.* 1. §. 3. *in f.*

3. (b) Juris civilis Professoribus honorarium petentibus, jus non dicitur. Etsi enim res sanctissima sit civilis sapientia, numerario tamen pretio dehonestanda non est; hactenus, ut judicio petatur, etsi honeste accipiatur, ait Ulpianus. Insinuat juris Professoribus, *ut curent, in ingressu sacramenti honorem sibi offerri.* *d. l.* 1. §. 5. Atqui hoc difficilius hodie quidem adsequuntur, & inverecundius habetur. Nihil est potius, quam Protagoræ institutum sequi & expectare ab his qui bene profecerunt; eos, qui parum aut nihil didicerint, sibi relinquere, ut Aristot. scribit 9. *ad Nicom. c.* 1. Hinc est, quod ab iis, si honoraria bene solverunt, multoque se plus quam pro modo pecuniæ percepisse meminerunt, Juris Professores omni honore deinceps adficiuntur: Qui non

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

(1) *Quod ex voto filiusfam. non obligaretur*, l. 2. §. 1. h. t. *ea ratio est, quod nihil haberet filiusfam. omnia enim patris erant, eique donare permissum non erat.* l. 7. in pr. de donat. *Igitur, quia quod ad votum est patris agitur, requiritur interposita patris auctoritas. Nec ipsa conditio filii voto impedit, cum utique filius personaliter obligetur.* l. 39. de O. & A. *Quare nihil causæ video, cur de castrensibus, aut jure Justinianeo pleno jure adventitiis, vovere nequeat, uti recte objicit Corn. van Bynkershoek* observation. jur. lib. 6. cap. 11.

non solverunt, pro gratitudine odium reddunt, magis quod visu illorum inscitiam sibi quam fidei defectum exprobrari autumant. Dignitas Artis hodie quidem non minor est quam olim; At hominum temporumque ratio bene diversa. Denique, nec hodie Professores judicio de honorariis suis agere decet; quominus agentes audiantur, causa nulla esse videtur.

4. Secus est de honorariis Advocatorum, quibus pro modo litis, proque Advocati facundia, & fori consuetudine, salarium adjudicandum est, non tamen ultra centum aureos, qui faciunt ad minimum ducentos ducatones Philippicos. *d. l.* 1. §. 10. & 12. Moribus hodiernis, habent Curiæ plerumque *taxas* judiciales, singulis advocatorum ministeriis impositas; * de quibus si quæratur, an advocatus illas petendo excedere possit, videtur posse, non tam quod Jurisprudentia sit res inæstimabilis, ut Professor juris in Belgio dis vetustissimus adseverabat; quam quod illæ Taxæ quod minimum est, quo clientes defungi queant, in contradictorio exprimant, non quod pro dignitate meritoque Artis honorario sufficiat. Cæterum, improbas salariorum extorsiones, etiam coercebit Præses, & restitui jubebit. *d. l.* 1. §. 12.

T I T. XIV.

De Proxeneticis.

(a) HÆc etiam species ad extraordinariam Præsidis cognitionem pertinet. *l.* 3. *h.* Quid autem? Proxenetica sunt remunerationes eorum, qui contrahentibus operam in negotiis conciliandis præstant, scilicet pro modo negotii. *l.* 3. *h.* De negligentia sua non tenentur proxenetæ, sed de dolo tantum, *l.* 2. *h. t.* quia neque mandati, neque locati tenentur proxenetæ, *l.* 2. ubi salarium illorum vocatur, *philanthropium*, vulgo *discretion*.

T I T. XV.

De Censibus.

1. (a) SErvium Tullium divisisse populum in classes & centurias, secundum quas suffragia ferrentur, milites ordinarentur, tributa fierent, notum est: hinc Census fuit ac est, publica civium honorumque descriptio, estque tam rerum quam personarum, juxta quam præstationes tributariæ exiguntur. *l.* 3. *pr.* & *l.* 4. *pr.* & §§. *seqq. h. t.*

2. (b) Immunitas concessa personis, neque tertio, neque socio, neque hæredi prodest, nisi mentione ejus expresse facta; posteris autem concessa ad feminas non pertinet. *l.* 5. §. 1. *h.* & *l.* 1. §. *ult. de jur. immun.*

3. (c) Quin etsi fundus ea lege sit venditus, ut venditor censum præstet, fiscus tamen convenit emptorem. *l.* 2. *C. Sin. cens. vel reliqu. lib. Leon.* 1 *emend.* 8. Imo & emptor de reliquis, hoc est, tributis non solutis, quæ ante venditionem cesserant, adhuc tenetur, *d. l.* 2. quod non modo respectu fisci intelligendum, sed ne actio quidem ex empto de ejusmodi pacto danda videtur. *l.* 1. & *ult. C. eod.* Idem est, si convenerit, ut census de fundo in fundum transferatur. *arg. dd. ll.* Hæc ita hodieque servantur. Cæterum, immunitas rebus data, perpetua est. *l.* 3. §. 1. *h.*

4. (d) Qui censum non bene professus est, crimine fraudati census tenetur, *l.* 53. *de Jud.* Plures etiam possessores singuli in solidum tenentur, sed unus, qui solidum solvit, petere potest, ut actiones sibi cedantur. *l.* 5. *pr h.* Hæc juridica sunt. Plura hujus generis a Politicis petenda; ubi & discrimen Census personalis & realis; etsi omnis vere Census realis. Sed personalem vocant, quo cujusve patrisfamilias patrimonium, non particulatim, sed universum æstimatur. Realem, quando de singulis rebus portio deducitur.

TIT.

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. & 4. (d) *Pos.* 5.

* Qualem ordinationem saluberrimam Serenissimus Rex anno 1714. magno litigantium commodo promulgavit.

TIT. XVI.

De Verborum significatione.

(a) DE his duobus titulis excerpsimus notabiliores textus, quos legite, fultis, & nucleum titulorum illis inesse credite.

2. Verbum hoc, *si quis*, tam masculos quam feminas complectitur. *l.* 1.

3. Urbis appellatio muris, Romæ autem continentibus ædificiis finitur. *l.* 2. *pr.*

4. Nominis appellatione rem significari, Proculus ait. *l.* 4. Pecuniæ significatio ad ea refertur, quæ in patrimonio sunt. *l.* 5. *pr.*

5. Verbum *Ex legibus*, sic accipiendum est; tam ex legum sententia, quam ex verbis, *l.* 6. §. 1.

6. Mulieris appellatione etiam virgo viripotens continetur. *l.* 13. *pr.*

7. Verba *Contraxerunt*, *gesserunt*, non pertinent ad testandi jus. *l.* 20.

8. Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt. *l.* 39. §. 1.

9. Neratius Priscus tres facere existimat collegium. *l.* 85.

10. Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? *l.* 86.

11. Tantum quisque pecuniæ relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest. *l.* 88.

12. Hoc sermone, *Dum nupta erit*, primæ nuptiæ significantur. *l.* 89. §. 1.

13. Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit, idque Marcum Tullium ajunt, cum arbiter esset, primum constituisse. *l.* 96. *pr.*

14. Speciosas personas accipere debemus, clarissimas personas utriusque sexus. *l.* 100.

15. Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero, perpetuum corporis impedimentum. *l.* 101. §. 2.

16. Derogatur legi, aut abrogatur: derogatur legi, cum pars detrahitur; abrogatur legi, cum prorsus tollitur. *l.* 102.

17. Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest. *l.* 108.

18. Hæreditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur. *l.* 138.

19. Hominis appellatione tam feminam, quam masculum contineri, non dubitatur. *l.* 152.

20. Etiam aureos nummos æs dicimus. *l.* 159.

21. Non est pupillus, qui in utero est. *l.* 161.

22. Natura cavillationis, quam Græci σωρίτην appellaverunt, hæc est, ut ab evidenter veris, per brevissimas mutationes, disputatio ad ea, quæ evidenter falsa sunt, producatur. *l.* 177.

23. Mulier familiæ suæ & caput & finis est. *l.* 195. §. 5.

24. Familiæ appellatione & ipse princeps familiæ continetur. *l.* 195. *pr.*

25. Æs alienum est, quod nos aliis debemus, æs suum est, quod alii nobis debent. *l.* 213. §. 1.

26. Verbum *Facere* omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi. *l.* 218.

27. Amicos appellare debemus, non levi notitia conjunctos: sed quibus fuerint jura cum patrefamilias, honestis familiaritatis quæsita rationibus. *l.* 223. §. 1.

28. Magna negligentia, culpa est, magna culpa, dolus est. *l.* 226.

29. Urbs ab urbo appellata est, urbare est aratro definire. *l.* 239. §. 6.

30. Oppidum ab ope dicitur, quod ejus rei causa mœnia sint constituta. *ibid.* §. 7.

31. Viduam non solum eam, quæ aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quæ virum non habuisset, appellari ait Labeo: quia vidua sic dicta est, quasi vecors, vesanus, qui sine corde, aut sanitate esset, similiter viduam dictam esse, sine duitate. *l.* 242. §. 3.

(a) *Positiones ad h. t.*

TIT.

TIT. XVII.

De diversis Regulis Juris antiqui.

(a) REgula est, quæ rem, quæ est, breviter enarrat, non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. *l.* 1.

2. Feminæ ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotæ sunt. *l.* 2.

3. Ejus est non nolle, qui potest velle. *l.* 3.

4. Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. *l.* 9.

5. Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *l.* 10.

6. Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest. *l.* 11.

7. Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere. *l.* 21.

8. Plus cautionis in re est, quam in persona. *l.* 25.

9. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. *l.* 29.

10. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. *l.* 35.

11. Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti. *l.* 36.

12. Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest. *l.* 50.

13. Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. *l.* 53.

14. Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet. *l.* 54.

15. Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur. *l.* 55.

16. Semper in dubiis benigniora præferenda sunt. *l.* 56.

17. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *l.* 57.

18. Hæredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. *l.* 59.

19. Invito beneficium non datur. *l.* 69.

20. Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. *l.* 74.

21. Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam. *l.* 75.

22. In toto jure, generi per speciem derogatur. *l.* 80.

23. Quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inferuntur, jus commune non lædunt. *l.* 81.

24. In omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitas spectanda sit. *l.* 90.

25. Non solent, quæ abundant, vitiare scripturas. *l.* 94.

26. Omnia, quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt. *l.* 100.

27. Libertas inæstimabilis res est. *l.* 106.

28. In eo, quod plus sit, semper inest & minus, *l.* 110.

29. Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse & furandi, & injuriæ faciendæ. *l.* 111.

30. Nihil interest, ipso jure qui actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *l.* 112.

31. Nihil consensui tam contrarium est, quam vis atque metus. *l.* 116.

32. Non capitur, qui jus publicum sequitur. *ib.* §. 1.

33. Pretor bonorum possessorem hæredis loco in omni causa habet. *l.* 117.

34. Nemo plus commodi hæredi suo relinquit, quam ipse habuit. *l.* 120.

35. Furiosus absentis loco est. *l.* 124. §. 1.

36. Favorabiliores rei potius, quam actores habentur. *l.* 125.

37. In pari causa possessor potior haberi debet. *l.* 128.

38. Imperitia culpæ adnumeratur. *l.* 132.

39. Nunquam crescit ex postfacto præteriti delicti æstimatio. *l.* 138. §. 1.

40. Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. *l.* 141.

41. Non omne, quod licet, honestum est. *l.* 144.

42. Nemo videtur fraudare eos qui sciunt & consentiunt. *l.* 145.

43. Semper specialia generalibus insunt. *l.* 147.

44. Ex qua persona qui lucrum capit, ejus factum præstare debet. *l.* 149.

45. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. *l.* 151.

46. In

(a) *Positiones ad h. t.*

46. In maleficio, ratihabitio mandato comparatur. *l.* 152. §. 2.

47. Cui damus actionem, eidem & exceptionem competere, multo magis quis dixerit. *l.* 156. §. 1.

48. Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem. *l.* 160. §. 1.

49. Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi. *l.* 162.

50. Rapienda occasio est, quæ præbet benignius responsum. *l.* 168.

51. Is damnum dat, qui jubet dare: ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse fit. *l.* 169.

52. Factum a judice, quod ad officium ejus non pertinet, ratum non est. *l.* 170.

53. Unicuique sua mora nocet. *L.* 173. §. 2.

54. Dolo facit, qui petit quod redditurus est. *ibid.* §. 3.

55. Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit. *l.* 175. §. 1.

56. Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri: ne occasio sit majoris tumultus faciendi. *l.* 176.

57. Infinita æstimatio est libertatis & necessitudinis. *l.* 176. §. 1.

58. Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est. *l.* 183.

59. Vani timoris justa excusatio non est. *L.* 184.

60. Impossibilium nulla obligatio est. *l.* 185.

61. Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit. *l.* 186.

62. Quæ rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt. *l.* 188. §. 1.

63. In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius. *l.* 192. §. 1.

64. Expressa nocent, non expressa non nocent. *l.* 195.

65. Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posfit. *l.* 202.

66. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. *l.* 203.

67. Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem. *l.* 206.

68. *Ex his regulis quædam positionum Juris, quædam axiomatum usum præbent*, quorum differentiam indicavimus *ad proœm. Inst. in pr.* Denique, positiones sunt omnes reliquæ præceptiones horum librorum. Plura si vis axiomata ex aliis juris partibus, hæc habeto.

AXIO.

A X I O M A T U M JURIS SPECIMEN.

EX INSTITUTIONIBUS.

SÆpe de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines. §. 3. *Ex quib. caus. manum.*

2. Expedit Reipubl. ne quis re sua male utatur. §. *ult. de his, qui sui vel al. jur.*

3. Qui pro Republ. ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur. *fin. pr. de Excusat. Tut.*

4. Consequentia nomina rebus esse studendum est. §. 3. *de Donation.*

5. Pessimum exemplo est, humanioribus damnum inferri, sævioribus lucrum accedere. §. *ult. d. tit.*

6. Innumerabiles causæ humanis necessitatibus imminent. §. *pen. de Testam. ordin.* Commodius est singulas causas singulis appellationibus distinguere. §. 5. *Quib. mod. Testam. infirm.*

7. Veritas magis oculata fide, quam per aures hominum infigitur. §. *ult. de grad. cogn.*

E PANDECTIS.

QUæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, ea nec facere nos posse credendum est. *l.* 15. *de condit. inst.*

2. Scire Leges, non est verba earum tenere, sed vim & potestatem. *l.* 17. *de Legib.*

3. Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt. *l.* 23. *eod.*

4. Nulli hominum jus suum detrahendum est. *l.* 2. *de his, qui sui vel al. jur. sunt.*

5. Vetus proverbium est, *οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων.* *l.* 6. §. 3. *de off. Proconf.*

6. Non tam spectandum est; quid Romæ factum sit, quam quid fieri debeat. *l.* 12. *de. off. Præf.*

7. Veritas, rerum erroribus gestarum non vitiatur. *l.* 6. §. 1. *eod.*

8. Animi motum vultus detegit. *l.* 19. *eod.*

9. Non consentiunt qui errant. *l.* 15. *de Jurisd.*

10. Quod quisque juris in alterum statuerit, ipse eodem jure utatur. *l.* 1. *quod. quisq. jur.*

11. Verba cum effectu sunt accipienda. *l.* 5. §. 2. *Ne quis eum, qui in jus voc.*

12. Quid tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare? *l.* 1. *in pr. de pactis.*

13. Difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat. *l.* 9. *de Pactis.*

14. Turpia lucra hæredibus extorqueantur. *l.* 5. *de calumniatorib.*

15. Non debet quis lucrari ex alieno damno. *l.* 28. *de dolo malo.*

16. Fe-

16. Ferendus est, qui pudorem suum purgat. *l.* 25. *de procurat.*

17. Non oportet laudando augere malitiam. *l.* 1. §. 4. *de Serv. corr.*

18. Non oportet jus civile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid dicatur, animadvertere convenit. *l.* 19. *Ad exhib.*

19. Summa est ratio, quæ pro religione facit *l.* 43. *in fin. de religiosis.*

20. Grave est fidem fallere. *l.* 1. *in pr. d. const. pecun.*

21. Bonæ fidei non congruit de apicibus juris disputare. *l.* 29. §. 4. *Mandati.*

22. Interest hominis, hominem beneficio affici. *l.* 7. *de servis exportand.*

23. Nemo ex consilio suo obligatur. *l.* 2. *Mandati.*

24. In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius. *l.* 3. *de his, quæ in testam. delent.*

25. Iniquum est, damnosum cuiquam esse officium suum. *l.* 7. *Testamenta quemad. aper.*

26. Rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. *l.* 4. *de legat.* 1.

27. Exemplum pessimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri. *l.* 45. *in pr. de Leg.* 2.

28. Ignaviam prætendentes, audiri non oportet. *l.* 78. §. 2. *de Leg.* 2.

29. Omne artificium incrementum recipit. *l.* 65. §. 3. *de Leg.* 3.

30. Malitiis indulgendum non est. *l.* 38. *de R. V.*

31. Jus civile vigilantibus scriptum est. *l.* 24. *in fin. de his quæ in fraud. cred.*

32. Peccata nocentium, nota esse oportet & expedit. *l.* 18. *in pr. de Injur.*

33. Satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari. *l.* 5. *in Pr. de Pœn.*

34. Suadendo juvisse, sceleris instar est. *l.* 16. *in pr. de Pœn.*

35. Cogitationis pœnam nemo patitur. *l.* 18. *de Pœn.*

36. Unusquisque ex suo admisso sorti subjicitur, nec alieni criminis successor constituitur. *l.* 26. *de pœn.*

37. Quædam etsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur. *l.* 1. §. 5. *de Extraord. Cognit.*

38. Prodesse sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur. l. 1. §. 4. & 11. *de aqua pluv. arc.*

39. In obscuro favorabilius respondetur. *l.* 10. *in f. de manum. testam.*

40. Discendi cupiditas, sola vivendi ratio optima. *l.* 20. *de Fideic. libert.*

41. Cujusque rei potissima pars principium est. *l.* 1. *de O. J.*

42. Ex conversatione æquali, contemptio dignitatis nascitur. *l.* 19. *de Off. Præs.*

43. Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet. *l.* 17. §. 3. *Commod.*

44. Natura rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. *l.* 4. *de præscr. verb.*

E CODICE.

Rebus, non verbis, lex ponenda est. *l.* 28. *de Usur.*

2. Deum imitatur, qui ignoscit. *l.* 23. *de Nupt.*

3. b. Quod non est mutatum, cur stare prohibetur? *l.* 27. *de Testam.*

4. Nimis est indignum, flagitii præsidia quærere. *l.* 7. *in fin. de Natur. lib.*

5. Naturalis ordo per omnia servandus est. *l.* 5. *de Legit. Tut.*

6. Non est ferendus, qui locum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. *l. un.* §. 4. *de Cad. toll.*

7. Ludibrio leges esse non oportet. *l. ult.* §. 5. & 6. *de bon. quæ lib.*

8. Mos retinendus est fidelissime vetustatis. *l.* 18. *de Testam.*

9. Nihil dubium aptum est ad tollendam ambiguitatem. *l.* 12. §. 2. *de Ædif. priv.*

10. Pene similis omnium hominum natura est. *l.* 13. *de contrah. stipul.*

11. Quid verbis opus est, quæ rerum effectus nullus sequitur? *l. ult. de donat.*

12. Culpa similis est, tam prohibita discere, quam docere. *l.* 8. *de malef.*

13. Vanæ voces populi non sunt audiendæ. *l.* 12. *de pœn.*

14. Facies hominis ad similitudinem pulchritudinis cœlestis est figurata. *l.* 17. *de Pœn.*

15. Naturale vitium est, negligi quod communiter possidetur. *l.* 2. *Quand. & quid. quart. deb.*

16. Magistros studiorum doctoresque excellere oportet, moribus primum, deinde facundia. *l.* 7. *de Professor.*

17. Pu-

17. Publicæ utilitatis intereſt, non amicitia creationes fieri, ſed æſtimatione vera & commodo Reipubl. *l. un. Si propt. inim. creat. fact. ſit.*

18. Leges ſunt inexorabiles. *l. ult. de Tabular. ſcrib.*

19. Utilitas publica præferenda eſt privatorum contractibus. *l. 3. de Primp.*

20. Principis ſalus, populi ſalus. *l. 1. de veteran.*

EX NOVELLIS.

Leges neminem in paupertate vivere, neque in anxietate mori permittunt. *N. 1. in fin.*

2. Nihil immenſum bonum eſt. *Nov. 3. in princ.*

3. Eccleſia, Imperii mater. *d. Nov. 3. in princ.*

4. Humana natura quodammodum labitur ad delicta. *Nov. 5. c. 2. ſub finem.*

5. Seniorum converſatio, juventutis educatio perfecta. *Nov. 5. c. 3. in fine.*

6. Uno principio illicito dato, plura ſequuntur. *Nov. 8. in pr. §. 1.*

7. Pater, licet legum contemptor & impius ſit, tamen pater eſt. *Nov. 12. c. 2.*

8. Quanto quilibet præcli melioribus, tanto major ipſe & honeſtior eſt. *Nov. 15. in f. princ.*

9. Quia non cum lege agimus, erubeſcimus. *Nov. 18. c. 5. pr.*

10. Non erubeſcimus, ſi quid melius, quam ipſi prius diximus, adinveniamus, hoc ſancire. *Nov. 22. in f. princ.*

11. Diſponat unuſquiſque ſuper ſuis, & ſit lex, ejus voluntas. *Nov. 22. c. 2. in princ.*

12. Multæ hominibus ad malitiam viæ ſunt. *Nov. 22. c. 15.*

13. Erubeſcit lex caſtigatores filios genitoribus ſtatuere. *Nov. 22. c. 24.*

14. Leges etiam in ipſa arma imperium habere volumus. *Nov. 25. c. 5. in fin.*

15. Nihil in pravo magnum exiſtere, recte a noſtris dictum eſt majoribus. *Nov. 29. c. ult. ſub fin.*

16. Concordia nihil unquam inter homines præclarius extitit, & præſtantius. *Nov. 30. c. 1. in princ.*

17. Non eſt inhumanitas, ſed potius ſumma humanitas, cum multi paucorum animadverſione ſalvantur. *Nov. 30. c. 11.*

18. Quod in multitudinem dividitur, onu- inſenſibile propemodum facit iis, qui hoc ſuſtinent. *Nov. 38. in princ.*

19. Congruens magis eſt, amplificare rem in paucis corporibus anguſtatam, quam multitudinem multitudini adjicere. *Nov. 38. c. 6.*

20. Tempus ferre omnia conſuevit. *Nov. 39. in princ.*

21. Nuptiis nihil utilius, tanquam ſolis facere homines valentibus. *Nov. 39. in fin. princ.*

22. Ea, quæ communiter omnibus proſunt, iis, quæ ſpecialiter quibuſdam utilia ſunt, præponimus. *Nov. 39. c. 1. in pr.*

23. Nihil inter homines ſic eſt indubitatum, ut non poſſit tamen ſuſcipere quandam ſollicitam dubitationem. *Nov. 44. c. 1. §. 3.*

24. Melius eſt pauca agere caute, quam multis intereſſe periculoſe. *d. Nov. 44. c. 1. §. 3. in fine.*

25. Veracium ſolummodo amator eſt Princeps. *Nov. 58. in præfat.*

26. Multis undique natura novitatibus utitur. *Nov. 84. in præf.*

27. Multæ ſunt homini & anxietates innumeræ & repentinæ mortes. *Nov. 84. c. 1. in f. princ.*

28. Oportet ſemper aliquod inchoare bonum, non aliorum deſtruere. *Nov. 89. c. 7.*

29. Non erit decens, ut quæ bene excluſa ſunt, in Rempubl. rurſus introducantur. *Nov. 89. c. 11. §. 2.*

30. Multa quilibet cogitans adinveniet. *Nov. 94. c. 1.*

31. Quod factum eſt, infectum manere impoſſibile eſt. *Nov. 97. c. 1.*

32. Imperatori & ipſas Deus leges ſubjecit, legem animatam eum mittens hominibus. *Nov. 105. c. 2. in fine.*

33. Quod medicamenta morbis, hoc exhibent jura negotiis, & ſæpe quod conjectura prodeſſe credebat, experimento inutile reperitur. *Nov. 111. in pr.*

34. Quod in legum poſitum eſt poteſtate, non egebit aliqua extrinſecus diſpoſitione. *Nov. 113. c. 1.*

35. Si pro cauſis corporalibus cogitamus, quanto magis pro animarum ſalute providentia eſt noſtræ ſollicitudinis adhibenda? *Nov. 115. c. 3. ſub fin.*

36. Conſiderare debent parentes, quod & ipſi filii fuerint. *Nov. 115. c. 5. in princ.*

37. Quis

37. Quis enim ibi delinquit, ubi salutem petat? *Nov.* 117. *c.* 15. *f.*

38. In delicto æquali, similes eis imponere pœnas, justum esse putamus. *Nov.* 127. *c. ult.*

39. Nullum ita magnum subjectorum delictum est, quod non clementia Principis medeatur. *Nov.* 129.

40. Neque enim viros mulierum studia decent, neque rursus virilia mulierum collegiis conveniunt. *Nov.* 133. *c.* 1.

41. Nullus potest naturam sic retinere, ut peccet nihil, hoc enim proprium est solum Dei. *Nov.* 133. *c.* 5.

42. Mens vacans nihil bonorum parit. *Nov.* 133. *c. ult.*

43. Male adinventa, malæque consuetudines neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine confirmantur. *Nov.* 134. *c.* 1.

44. Oportet nos humani generis infirmitatem protegere. *Nov.* 134. *c.* 13.

45. Unicuique integrum est his, quæ ipsi a lege data & concessa sunt, renuntiare. *Nov.* 136. *c.* 1.

46. Eos, qui violento affectu odioque semel correpti fuerint, perquam est difficile sanare. *Nov.* 140. *in f. præfat.*

47. Nullus misericordiam petens sine actu a facie Principis recedere debet. *Nov.* 147. *in præfat.*

INDEX

INDEX
LEGUM ILLUSTRATARUM
ET
CONCILIATARUM

Literæ a. b. c. indicant Tomos, Numeri Paginas.

INSTITUT.

LIB. II.

DIGESTA.

LIB. I.

LIB. II.

LIB. III.

LIB. IV.

l. 26.

LIB.

l. 4.

l. 18.

IN-

INDEX RERUM QUÆ HOC OPERE CONTINENTUR.

Literis *a. b. c.* Tomi, lit. *n.* denotantur §§. Signa * † & † indicant differentias Juris Saxonici, quæ suis locis subjacent.

an

Con-

re-

B

an

an

non

de

D.

vox

an

vid.

be-

E

an

Erb-Gelder

ejus

F.

Fictio

mu-

sibi

bonæ

quo-

an li-

an

I

Incer-

pri-

an

in-

an li-

I

pri-

an

in-

De-

Jura-

qui-

actio-

M.

N.

ubi

qui

P.

an

Hæ-

Per-

a nemine

qui-

Quasi-Maritus

hære-

Ex-

S.

secundum

socie-

T.

Vide

Vid.

Gene-

Re-

ob

V.

ubi

Liber-

non

W.

X.

Z.

Sra-

Specimen errorum, qui in Lovaniensi editione irrepserant, et in hac nostra sublati sunt.

Pag. 3. col. 1. verf. 4. in re pignoris jure tradita conſpicitur,	in re pignori jure tradita conſpicitur,
6. col. 1. v. 19. a fin. ex quibus bærede ſunt,	ex quibus hæredes ſunt,
18. col. 1. v. 14. a fin. *de 22. Febr. 1656.*	*die 22. Febr. 1656.*
col. 2. v. 29. *Lucius Titius promiſit de ſuo fundo centum millia modiorum frumenti preſtare prædiis Caji Seji.*	*Lucius Titius promiſit de ſuo fundo centum millia modiorum frumenti annua præſtare prædiis Caji Seji.*
v. 32. *quæro, an C. Sejo ad præſtationem frumenti ſit obnoxius: Reſpondit, emptorem C. Sejo obnoxium non eſſe.*	*quæro, an emptor C. Sejo ad præſtationem frumenti ſit obnoxius: Reſpondit, emptorem C. Sejo obligatum non eſſe.*
22. col. 2. v. 12. a fin. Bona civitatum, aliarumque univerſitatium,	Bona civitatum, aliarumque univerſitatum,
v. 7. a fin. muri quoque & portæ civitatium,	muri quoque & portæ civitatum,
23. col. 1. v. ult. quod cum in omnibus univerſitatium bonis &c.	quod cum in omnibus univerſitatum bonis &c.
28. col. 1. v. 19. vel inventarium conficiendo,	vel inventario conficiendo,
41. col. 1. v. 17. a fin. Tu victus es a Tertio,	Tu victus es a Tertia,
45. col. 1. v. 32. qui pecuniam apud menſem,	qui pecuniam apud menſam,
46. col. 2. v. ult. Si contra has regulas facta ſit vinderio,	Si contra has regulas facta ſit venditio,
52. col. 2. v. 24. ignorar creditore,	ignorante creditore,
68. col. 2. v. 20. actores,	auctores,
81. col. 1. v. 34. Qui ad diem certum dari obligatus eſt,	Qui ad diem certum dare obligatus eſt,
89. col. 1. v. 3. regulæ dupli jubjecta ſint,	regulæ dupli ſubjecta ſint,
92. col. 1. v. 19. cenſent hodie prudentiſſimi quique civitatium,	cenſent hodie prudentiſſimi quique civitatum,
94. col. 2. v. 9. a fin. *non ad unam probationis ſpeciem alligari debere,*	*non ad unam probationis ſpeciem cognitionem alligari debere,*
96. col. 1. v. 7. a fin. *Perinde, quod juratum, haberi,*	*Perindeque haberi quod juratum eſt,*
99. col. 2. v. 33. propter contrarias prohibitiones &c.	propter contrarias probationes &c.
105. col. 2. v. 6. quin Ἰδιοχειροες privatis adæquentur.	quin Ἰδιοχείροις privatis adæquentur.
127. col. 1. v. 9. χαμερπειν &c.	χαμερπεῖς &c.
129. col. 1. v. 19. *nec ad unam probationis ſpeciem cognitio alligari debet &c.*	*nec ad unam probationis ſpeciem cognitio ſtatim alligari debet &c.*
col. 2. v. 7. *ut animum advertamus, quibus potius lux veritatis adſuerit.*	*& teſtimonia, quibus potius lux veritatis adſiſtit.*
156. col. 2. v. 2. εισρ καὶ &c.	ἐσὶ καὶ &c.
166. col. 2. v. 22. a fin. tam theoninæ parci potuiſſet.	tam leoninæ parc potuiſſet.
168. col. 1. v. 2. a fin. *ut confeſtim fiat accipientis,*	*ut confeſtim faciat accipientis,*
173. col. 2. v. 16. hæreditas non defertur. *l. 15. de Pact. l. 5. C. de Pact. conv. ſup. dot.*	hæreditas defertur. *l. 15. C. de Pact. conv. ſup. dot.*

184. col. 1. v. 3. *alii cum ira sui animi & offensa*,	*plerique cum ira sui animi & offensa*,
185. col. 1. v. 2. a fin. ἐπὶ τῶν πάμων &c.	ἐπὶ τῶν γάμων &c.
186. col. 2. v. 29. οὐ δεδούλοται &c.	οὐ δεδούλωται &c.
col. 2. v. 30. τοῖς μοιοῦτοις,	τοῖς τοιούτοις,
188. col. 1. v. 10. a fin. per *l.* 8. *C. h.t.*	per *l.* 8. C. *de repud. cet.*
col. 1. v. ult. *Et si hujusmodi accusatio vera esse ostenditur*,	*Et si hujusmodi accusatio verax esse ostenditur*,
201. col. 2. v. 6. a fin. *Pater est, quem Nuptiæ demonstrant. l. 5. de In jus. voc.*	*Pater is est, quem Nuptiæ demonstrant l.5. de In jus voc.*
240. col. 1. v. 26. *& si fuerit repulsus*,	*& si fuerit repulsa*,
241. col. 1. v. 3. ut in *d. l.* 16.	ut in *d. l.* 18.
245. col. 1. v. 18. a fin. *ut dicerni facile non possit*,	*ut discerni facile non possit*,
296. col. 1. v. 18. a fin. *qui deliberationem nullam petendam esse judicaverint*,	*qui deliberationem nullam petendam esse curaverint*,
307. col. 2. v. 32. ἐξ ἀυτυῦ &c.	ἐξ ἀυτοῦ &c.
328. col. 2. v. 15. a fin. *inter viburna & cupressum*.	*inter viburna & cupressos*.
329. col. 1. v. 8. *Sed conjectura legis est*, pergit Vinnius, *testatorem voluisse quam minimum heredem onoratum*,	*Sed præsumtio quidem est*, pergit Vinnius, *testatorem voluisse quam minimum onerare hæredem suum*,
350. col. 1. v. 20. παραλλήτω	παραλλήλῳ
351. col. 2. v. 26. λαγαταρίοις	ληγατα ρίοις
353. col. 1. v. 7. a fin. καη ἑαντοῦ καη	καὶ ἑαυτοῦ καὶ
360. col. 1. v. 22. a fin. ἐχολιαζε	ἐγχολιαζε
423. col. 1. v. 20. Διαθέμενος	διαθέμενος
450. col. 1. v. 3. si judex καρδραμα &c.	si judex παρδραμα &c.
463. col. 1. v. 3. a fin. *ut ad miserabile cessionis venire liceat auxilium*,	*ut ad miserabile cessionis bonorum venire liceat auxilium*,
560. col. 2. v. 9. ἐπ' ἀυτοφορω	'επ' ἀυτοφώρῳ
563. col. 1. v. 9. a fin. τῷ ταραγτελειν,	τῷ παραγγέλλειν.

Dal.

Dalla Reale Camera di Napoli, alla cui autorevole disposizione è stato rimesso dagli Editori di quest' Opera il determinarne la valuta, è stata questa discretamente fissata a lire novanta Venete per ciascuna copia, al quale prezzo sarà vendibile in Napoli nella Libreria de' fratelli Roland premonita di Real Privilegio.

Napoli il dì 14. Gennaro 1788.